

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO



GUILHERME DEL NEGRO BARROSO FREITAS

MATRÍCULA 13/0083216

**Construindo mundos paralelos: a Corte Permanente de
Justiça Internacional e a subjetividade internacional**

BRASÍLIA/DF

2015

GUILHERME DEL NEGRO BARROSO FREITAS

**CONSTRUINDO MUNDOS PARALELOS: A CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA
INTERNACIONAL E A SUBJETIVIDADE INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre. Programa de
Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição
da Universidade de Brasília.

.

BRASÍLIA/DF

2015

GUILHERME DEL NEGRO BARROSO FREITAS

CONSTRUINDO MUNDOS PARALELOS: A CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA
INTERNACIONAL E A SUBJETIVIDADE INTERNACIONAL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre. Programa de
Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição
da Universidade de Brasília.

Brasília, 25 de março de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo / UnB
Orientador

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior / UFSC
Examinador

Prof. Dr. João Henrique Ribeiro Roriz / UFG
Examinador

Profa. Dra. Ana de Oliveira Frazão / UnB
Examinador/Suplente

Meus agradecimentos vão à minha família, pelo grande suporte e pela infindável paciência, ainda quando cotidianamente testados e retestados; ao Professor George Galindo, pela amizade e pela confiança de que ainda sou grande devedor para ser um justo merecedor; à UnB e ao CNPq, pelo valioso apoio institucional.

Resumo

Esta dissertação sistematiza as decisões e as opiniões consultivas da Corte Permanente de Justiça Internacional de modo a se induzir qual é a perspectiva por ela adotada a respeito dos sujeitos de direito internacional. A partir do exame dos precedentes, evidencia-se que o tribunal mantinha uma relação conturbada com o positivismo ortodoxo: se, de um lado, o afirmava; de outro lado, flertava com argumentos que dele destoavam ou que o enfraqueciam.

Palavras-chave: Corte Permanente de Justiça Internacional, Subjetividade Internacional, Personalidade Internacional, Positivismo Ortodoxo

Abstract

This dissertation systematises the decisions and the advisory opinions of the Permanent Court of International Justice in order to induce its understanding of international legal personality. Based on case law, it is evinced that there was a problematic relationship between the court and orthodox positivism: whereas the tribunal affirmed it, it often flirted with concepts that were contrary to it or that undermined it.

Keywords: Permanent Court of International Justice, International Legal Personality, Orthodox Positivism

Sumário

Prólogo.....	7
Capítulo Primeiro – A subjetividade internacional na doutrina	9
Por que é importante discutir sobre a subjetividade internacional?	9
Duas formas de se encarar a subjetividade internacional: as perspectivas abstratas e as perspectivas concretas	15
A subjetividade internacional no entreguerras	18
A perspectiva ortodoxa – Dionisio Anzilotti.....	18
A perspectiva sociológica – Georges Scelle	21
A perspectiva humanista – James Brierly	26
Um novo positivismo jurídico – Hans Kelsen.....	30
A subjetividade internacional nos dias de hoje	33
Capítulo Segundo – Construindo o sistema internacional: a Corte acolhe o voluntarismo amplo e a perspectiva ortodoxa	36
O caso Wimbledon.....	43
O caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e do Marrocos (também conhecido como o caso dos Decretos de Nacionalidade)	49
O caso Lotus.....	55
O caso Mavrommatis	65
A Corte é estatalista, mas não soberanista.....	68
Capítulo Terceiro – Resguardando o Sistema de Paris: o problema da gestão das minorias, das comunidades e dos estrangeiros	70
O caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig (também conhecido como o caso dos Empregados das Linhas Férreas de Danzig)	76
O caso das Comunidades Greco-Búlgaras	90
A personalidade na teoria, os direitos e os deveres na prática	96
Capítulo Quarto – Esboçando organizações internacionais eficientes: A interpretação teleológica das competências e o direito da cooperação.....	99
Os casos referentes à OIT	102
Os casos das comissões internacionais de navegação.....	111
Uma cooperação internacional mais plural e mais complexa	121
Conclusões – Quem tomou o trono?	123
Referências.....	126

Construindo mundos paralelos: a Corte Permanente de Justiça Internacional e a subjetividade internacional

Prólogo

O que me motivou a escolher o tema de pesquisa foi um incômodo: um desconforto que felizmente me moveu em direção a uma pesquisa interessante. Sempre que lia (e ainda quando leio) a descrição dos manuais de direito internacional mais recentes sobre a subjetividade internacional, algo não me parecia (e ainda não parece) adequado. Embora eu não fosse, de forma alguma, um exímio conhecedor das decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional e da Corte Internacional de Justiça, a ênfase exagerada que os manuais conferem à Opinião Consultiva da Corte Internacional de Justiça no Caso Reparações (o Caso Bernardotte) como um *turning point*, a partir do qual se dera a expansão da subjetividade internacional para atores que não os Estados, não me parecia coerente. Afinal, alguns casos famosos da Corte Permanente de Justiça Internacional – anteriores ao Caso Bernardotte – já tinham abordado a questão das competências das organizações internacionais, como a série de opiniões consultivas referentes à Organização Internacional do Trabalho. Como esses pedaços de informação não pareciam se encaixar, e como o quebra-cabeça continuou a atrair minha atenção, decidi estudar as decisões desse tribunal mais a fundo durante meu mestrado.

Ao examinar essas decisões, meu problema de pesquisa se alterou quando percebi que, se por um lado, a Corte Permanente de Justiça Internacional enfrentou diversas questões que hoje enquadraríamos como de extrema relevância para o campo da personalidade internacional, por outro, ela raramente o fez com recurso à linguagem da personalidade internacional. Esse quadro não parecia compor um conjunto sistemático. De um lado, era patente a relutância da Corte em abrir mão de uma leitura conservadora do direito internacional, que limitava-se à personalidade dos Estados; de outro lado, suas decisões trouxeram grandes resultados práticos, admitindo concretamente que direitos e deveres fossem concedidos a indivíduos, a grupos e a organizações internacionais.

Com tudo isso em mente, reformulei minha proposta de pesquisa, decidindo-me a explicitar em que medida as decisões da Corte apontariam para o desmonte do paradigma

teórico que ela mesma afirmava. Assim, meu trabalho passou a ser uma descrição da conturbada relação que o tribunal manteve com o paradigma ortodoxo: jurando amor eterno, mas flertando de quando em vez com outras ideias.

Com essa análise, não pretendo desmerecer de forma alguma o trabalho da Corte Permanente de Justiça Internacional. Era perfeitamente natural que o tribunal enfrentasse dilemas ao lidar com os inovadores instrumentos jurídicos do pós-guerra. Aliás, é o próprio comprometimento com a inovação que usualmente leva a Corte a abalar suas próprias bases teóricas. Dando um pequeno adiantamento ao leitor mais curioso, considero que, ainda que a Corte tente trabalhar com categorias ortodoxas, ela acaba por estender uma delas, a vontade dos Estados, muito além de seu alcance original, o que prejudica a estabilidade dos demais pilares da ortodoxia. O próprio voluntarismo, matreiramente, acaba por inviabilizar a imagem de uma Sociedade Internacional de Estados com moldes ortodoxos.

De modo a cumprir com o que proponho, visando a demonstrar que os casos aportavam verdadeiros desafios à atuação da Corte, combino ao longo do texto um relato das decisões e das opiniões consultivas com uma breve contextualização dos instrumentos jurídicos do pós-guerra que interessam aos casos. Um alerta inicial é necessário: eu não sou um historiador, e, embora pretenda sê-lo no futuro, não o sou nesta dissertação.

Uma excelente definição sobre o trabalho do historiador, tanto pela simplicidade quanto pela expressividade, é aquela dada por uma metáfora de Tony Judt, da qual me aproprio no momento. No entender desse autor, o trabalho primordial de um historiador ainda é deixar claro que um evento histórico aconteceu. Depois de descrever suas “árvores”, os historiadores guiam os leitores por uma “trilha”: aquela que acham que levará os interessados à mais clara visualização das “florestas”¹.

É verdade que me interessa sistematizar adequadamente as decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional com vistas a identificar a argumentação aviada ao longo do tempo – nesse ponto, meu interesse é principalmente descritivo, e pretendo relatar rigorosamente os fatos e os argumentos subjacentes aos casos, tais quais postos diante do tribunal, tratando os casos como as “árvores”. A questão relevante, e que faz com que meu metiê destoe daquele de um historiador, é que a própria forma de apresentar esses dados é significativamente dogmática – decidi-me por não abordar as decisões cronologicamente,

¹ JUDT, Tony; SNYDER, Timothy. *Pensando o Século XX*. Trad. de Otacílio Nunes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, pp. 290-291

mas por agrupá-las segundo semelhanças entre suas repercussões quanto à subjetividade internacional. Assim, destaco minhas “árvores” por razões de conveniência.

Voltando à metáfora de Tony Judt, espero que no meio dessas “árvores” que mal compõem uma “floresta”, e as quais, por minha intervenção, já nascem dogmaticamente “rotuladas”, os leitores possam também visualizar “trilhas” alternativas; contudo, se concluírem que a “trilha” que proponho também é interessante, fico feliz em servir de guia.

A dissertação está dividida em quatro capítulos: no primeiro, introduzo a questão da personalidade internacional e sistematizo as perspectivas mais comuns sobre ela no entreguerras e na atualidade; no segundo, sistematizo as decisões da Corte que demonstram seu compromisso com a perspectiva ortodoxa; no terceiro, mostro como a Corte lidou com os instrumentos jurídicos referentes à proteção de indivíduos e de minorias; no quarto, mostro como a Corte lidou com os instrumentos jurídicos referentes às organizações internacionais. Espero demonstrar, por fim, que a Corte, ao tentar encaixotar a inovação em “mundos paralelos”, acabou por desmontar as peças do “mundo paralelo” em que ela acreditava.

Capítulo Primeiro – A subjetividade internacional na doutrina

Por que é importante discutir sobre a subjetividade internacional?

Discussões sobre subjetividade internacional, ou personalidade internacional, embora pareçam à primeira vista excessivamente teóricas, trazem relevantes implicações práticas para os operadores do direito internacional.

Em primeiro lugar, somente conseguimos delimitar adequadamente o direito internacional quando sabemos quem são os sujeitos de direito internacional. Diferentes ordens jurídicas, a exemplo do direito internacional e dos vários direitos internos, são delimitadas e distinguidas com recurso a quatro elementos, sistematizados por Hans Kelsen em sua teoria das esferas de validade: o elemento temporal, o elemento territorial, o elemento material e o elemento pessoal². Assim, o direito penal se diferencia do direito civil pelo elemento material, o direito de transição considera-se excepcional por pretender-se

² KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Nova Jérsei/EUA: The Lawbook Exchange, 2003, pp. 93-4. [The Spheres of Validity of a Legal Order].

delimitado a um certo período de tempo, o elemento territorial ainda desempenha relevante papel nas relações entre distintas ordens nacionais.

Historicamente, o elemento pessoal do direito internacional, consolidado nos discursos sobre a personalidade internacional, teve papel estruturante na delimitação da disciplina, transbordando, inclusive, à própria denominação do direito internacional ao longo do tempo. O direito das gentes e o direito das nações surgem orientados por distintas interpretações sobre quem seriam seus destinatários. Isso sem falar nas constantes discussões sobre o maior grau de voluntarismo ou de objetivismo no direito internacional, as quais acompanham a imputação ou a recusa de maiores funções à comunidade internacional como um todo. O conceito que se tem sobre o direito internacional tem por um de seus elementos o conceito que se tem sobre os sujeitos de direito internacional. Afirma Max Sørensen que:

La concepción y la definición del derecho internacional, tal como han sido propuestas por los escritores en cualquier periodo de la historia, han ejercido una profunda influencia en el problema de quienes son los sujetos de derecho internacional. Así, de acuerdo con la definición clásica que considera el derecho internacional como un conjunto de normas que rigen la conducta de los Estados, en sus relaciones mutuas, sólo éstos, los Estados, son sujetos de derecho internacional³.

Ainda quando não se considere que o elemento subjetivo é importante para caracterizar a ordem jurídica internacional, por se tratar de característica meramente accidental, pode-se também tomá-lo como ponto de partida para a descrição da configuração específica do direito internacional em determinado momento. Dessa forma, ao lidarmos com a subjetividade internacional, tomamos ciência de como o direito internacional se estrutura em determinado momento, em oposição a outras escolhas pretéritas: inquiremos sobre como o direito internacional “está”, em oposição a como o direito internacional “é”.

É nesse sentido que Kelsen admite que o ordenamento internacional, diferentemente dos ordenamentos internos, não está limitado *a priori* por qualquer um dos quatro elementos por ele elencados (o temporal, o territorial, o material e o pessoal), tendo uma esfera de validade potencialmente ilimitada. É o próprio direito internacional que restringe o seu âmbito de aplicação, por meio de normas de direito internacional, como, por exemplo, a

³ SØRENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Tradução da Dotação Carnegie para a Paz Internacional. México D.F./MEX: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 261.

exceção de competência exclusiva da jurisdição interna⁴. Com isso em mente, tem-se que: embora os destinatários de direitos e de deveres na seara internacional possam ser considerados potencialmente ilimitados, é possível traçar limites pessoais instituídos, na prática, pelos próprios operadores de direito internacional – os quais são compilados na doutrina da subjetividade internacional⁵. Assim, quando alguém inquire sobre quem são os sujeitos de direito internacional, quer sistematizar a situação das normas de direito internacional em relação aos detentores de direitos e deveres.

Além disso, o debate sobre a subjetividade internacional certamente traz consigo importante componente político. Quando se questiona se tal ou qual agente deve ser considerado um sujeito de direito internacional, está-se em jogo a aquisição de direitos e deveres por parte desse agente. As discussões acadêmicas quanto à expansão do rol de sujeitos ou à manutenção da ênfase estatocêntrica do direito internacional são abraçadas por estudiosos da governança global. Por um lado, os otimistas defendem a expansão da personalidade no direito internacional, pois a existência de mecanismos institucionais em diversos níveis, do global ao individual, aportaria maior capacidade de enfrentamento de problemas complexos. Por outro lado, os pessimistas questionam a adequação de várias das novas instituições, que não seguem os mecanismos democráticos de tomada de decisão que há na maior parte dos sistemas de direito interno, no nível estatal, o que levaria essas novas instituições a contarem com reduzida *accountability*⁶.

Reconhecer que alguém é titular de direitos ou de deveres previstos pelo direito internacional é uma questão de grande relevância jurídica.

Do regime de direitos, espera-se a possibilidade de se exigir prestações de terceiros ou reparações por violações a direitos próprios, nas instâncias de solução de controvérsias reconhecidas pelo direito internacional. Essa motivação é seguida por vários especialistas em

⁴ KELSEN, Hans. Op. cit. pp. 196-201. [Article 2, Paragraph 7, of the Chapter of the United Nations]. É o caso também, da doutrina da margem de apreciação nacional.

⁵ Manuel Díez de Velasco afirma, em outras palavras, que, do ponto de vista da dinâmica jurídica, o direito internacional não conhece limites quanto a seus sujeitos, que variam ao longo do tempo conforme surja ou desapareça a necessidade. DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid/ESP: Tecnos, 1997, p. 213.

⁶ JÖNSSON, Christer. Democracy beyond the Nation-State? Transnational Actors and Global Governance. Lund/SWE: *Statsvetenskaplig tidskrift*, vol. 110, no. 1, 2008, p. 83.

direitos humanos, que afirmam a internacionalização dos direitos humanos, na qual o maior enfoque é dado ao “direito a ter direitos”⁷.

Do regime de deveres, espera-se que decorra a possibilidade de responsabilização de um agente específico. Essa motivação é o que move, por exemplo, Hersch Lauterpacht, quem afirma que a questão da personalidade internacional não é uma simples questão de teoria e quem defende a subjetividade internacional dos indivíduos com vistas à consolidação da responsabilidade individual no direito internacional. É somente com a responsabilidade internacional individual que se daria a equiparação do padrão de moralidade entre indivíduos e Estados no direito internacional, dando-se maior efetividade às obrigações estabelecidas na seara internacional, pois os primeiros não conseguiriam mais se esconder por trás dos últimos no cumprimento e na imputação de ilícitos⁸.

Naturalmente, o discurso de direitos e o discurso de deveres se entrelaçam. Com o descumprimento de um dever, há um direito respectivo a se exigir seu cumprimento. Assim, eventos que são exaltados como experiências em que a responsabilidade internacional de certos sujeitos se consolidou (sob o prisma dos deveres) são também passíveis de serem celebrados como episódios em que os direitos de outros sujeitos foram reconhecidos e efetivados (sob o prisma dos direitos). Retomando o ilustrativo exemplo anterior, Hersch Lauterpacht invoca o Tribunal de Nuremberg como uma grande oportunidade na qual a discussão teórica sobre a subjetividade internacional encontrou formulação prática, pela afirmação da responsabilidade do indivíduo no direito internacional⁹. Por sua vez, Flávia Piovesan afirma que “O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a ideia da necessária

⁷ Ver, por exemplo: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 119-127. [A internacionalização dos direitos humanos – o pós guerra].

⁸ “With regard to individuals, the discussion has centred largely on the question whether they possess or can possess rights given to them directly by customary international law and treaties. (...) All these are questions of significance. But there have been other factors which have imparted to the discussion a degree of urgency unusual in a seemingly theoretical controversy. (...) it has been increasingly realised that to limit the operation of the duties prescribed by international law to the impersonal entity of States as distinguished from the individuals who compose them and who act on their behalf is to open the door wide for the acceptance, in relation to States, of standards of morality different from those applying among individuals. Experience has shown that 'different' standards mean, in this connection, standards which are lower and less exacting.” LAUTERPACHT, Hersch. *The Subjects of the Law of Nations*. Em: JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Surrey/UK: Ashgate, 2010, pp. 173-4.

⁹ *Idem*, pp. 173-174.

limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional”¹⁰.

Diante da clara inter-relação entre os discursos de direitos e deveres, é interessante que o internacionalista pense simultaneamente na linguagem de direitos e na linguagem de deveres quando defenda que tal ou qual sujeito tem personalidade internacional, perguntando-se: – Quando reconheço um direito a determinado agente, sobre quem cai o respectivo dever? – E quando reconheço um dever de determinado agente, a quem cabe o direito de reivindicá-lo? Em surgindo um novo sujeito, há o remodelamento de toda a ordem internacional, afinal o novo sujeito de direito internacional é inserido em um ambiente internacional que já está permeado de relações entre outros sujeitos. Sua presença altera a dinâmica dessas relações, modificando o conjunto de deveres e de direitos de todos os sujeitos. Como os sujeitos já existentes são afetados pelo reconhecimento de um novo sujeito, isso é outra razão política suficiente para que participem ativamente do debate sobre essas questões, ainda quando somente desejem resguardar suas prerrogativas.

No direito internacional contemporâneo, nem sempre o direito de exigir o cumprimento de um dever corresponde à vítima imediata da violação. O instituto da proteção diplomática é a melhor ilustração desses casos: trata-se de um direito próprio do Estado a exigir o cumprimento de uma obrigação assumida perante um de seus nacionais. A existência dessa clivagem entre direitos e deveres é outra razão que move vários projetos teóricos que debatem a personalidade internacional, a exemplo de debates sobre a construção de uma cidadania global, segundo a qual os indivíduos devem assumir também as responsabilidades protetivas que antes cabiam somente ao Estado dos quais são súditos¹¹, o que depende da multiplicação dos mecanismos de acesso direto e individual no direito internacional e do reconhecimento da proeminência das garantias individuais pelo direito internacional.

Em interessante artigo, Jan Klabbbers aponta para a existência de outra dimensão política no debate sobre a personalidade internacional, no sentido do empoderamento dos grupos que sejam reconhecidos como tal¹². É interessante obter o reconhecimento da personalidade internacional para que a existência do grupo não seja questionada como

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 126.

¹¹ FALK, Richard. *Predatory Globalization: A Critique*. Cambridge/UK: Polity, 2007, p. 153-154.

¹² “This paper has briefly argued that legal personality has relevance. Its relevance resides, not in forming a threshold for action in any given legal system (as is often thought), but as a matter of politics. It is relevant in two ways: personality forms recognition of the group's legitimate existence, and it shields that existence from possible interference by outside authorities.” KLABBERS, Jan. The Concept of Legal Personality. Em: JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Surrey/UK: Ashgate, 2010, pp. 32-33.

ilegítima ou ilegal e também para que se reforce a independência do grupo perante outros sujeitos. Afinal, um sujeito de direito internacional retira sua existência do próprio direito internacional, independentemente do aval das autoridades nacionais – o direito interno não pode prejudicar ou intermediar seu recurso ao direito internacional. Exemplo prático da utilidade da aquisição de personalidade internacional é o caso dos movimentos insurrecionais, no qual há clara tensão entre o reconhecimento internacional e a oposição interna – eles contam com um estatuto mínimo garantido pelo direito internacional, embora estejam em constante fricção com as forças e com os interesses do Estado opositor.

A ligação entre a titularidade de poder e a subjetividade internacional é também afirmada por Guido Acquaviva, porém em sentido contrário à interpretação de Jan Klabbers. Para aquele autor, que parte de uma abordagem realista baseada no jogo de forças, a subjetividade internacional decorre da circunstância de um agente poder efetivar a reivindicação de que não está subordinado a qualquer outro na esfera internacional¹³. Assim, todo ator que pode dar efetividade à sua soberania externa, inserindo-se com independência no ambiente internacional, é também um sujeito de direito internacional. Uma vez incluído na estrutura horizontal da sociedade internacional, esse agente pode lançar mão de um instrumental jurídico para aferrar-se a sua condição. A subjetividade internacional, com essa leitura, é uma “fotografia” do jogo internacional de forças.

Ser ou não ser um sujeito de direito internacional, portanto, é uma questão de relevância jurídica e política: trata-se de saber se um agente é um operador autorizado do direito internacional, de modo a adquirir capacidades e a poder recorrer ao direito internacional geral. Disputas quanto ao reconhecimento de novos sujeitos de direito internacional não são irrelevantes: elas envolvem importantes consequências quanto ao grau de centralização da ordem internacional e quanto à atualidade dos mecanismos deliberativos e representativos existentes nessa ordem. Por mais que a subjetividade internacional possa ser uma característica meramente acidental do direito internacional, o estudo dos sujeitos nos permite entender melhor qual é nosso ponto de partida sobre o próprio direito internacional.

As discussões referentes à personalidade internacional já tinham relevância no período do entreguerras, o qual examino neste trabalho. É interessante o exemplo do Movimento Sionista, que, especialmente após a Declaração Balfour, de 1917, iniciou uma cruzada internacional pelo seu reconhecimento como sujeito de direito internacional, que

¹³ ACQUAVIVA, Guido. Subjects of International Law: A Power-Based Analysis. Nashville/EUA: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, no. 3, 2005, pp. 345-396.

viria a ser reforçada após a previsão no Mandato para a Palestina, de 1922, da criação da Agência Judaica¹⁴. A intenção do movimento era reforçar o sionismo pela miríade de possibilidades que lhe seriam abertas pelo direito internacional após o reconhecimento de sua subjetividade – o pleito do Estado de Israel teria ainda mais força com recurso ao direito internacional geral, que tutelava o princípio da territorialidade e que incorporava paulatinamente o direito à autodeterminação.

Como se pode ver, identificar os sujeitos de direito internacional é algo bastante útil para se compreender a imagem que se tem do direito internacional e o jogo de forças subjacentes à configuração do direito internacional em um determinado período histórico. Nesse contexto, o estudo das decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional que abordam elementos relevantes sobre a personalidade internacional é altamente ilustrativo da opinião que esse tribunal mantém sobre o direito internacional de seu tempo. Creio que, apoiado em várias das referências da Corte, podemos entender melhor como esse órgão enfrentou os desafios de seu tempo e qual é sua participação na conformação da teoria dos sujeitos para a posteridade.

Duas formas de se encarar a subjetividade internacional: as perspectivas abstratas e as perspectivas concretas

Uma questão interessante sobre a subjetividade internacional me foi despertada pela leitura de Andrew Clapham, ao interpretar a obra tradicional de Ian Brownlie¹⁵. A personalidade internacional pode ser abordada com duas perspectivas distintas: uma, referida ao direito internacional em abstrato, relacionada com os fins precípuos da disciplina e com os elementos essenciais de sua estruturação; e outra, referida a contextos específicos, interessando-se pelos direitos e deveres que são concedidos por tal ou qual norma. Para facilitar as discussões, doravante irei tratar a primeira como uma perspectiva “abstrata” sobre

¹⁴ MALLISSON JR, W. T. The Legal Problems Concerning the Juridical Status and Political Activities of the Zionist Organization/Jewish Agency: a Study in International Law and United States Law. Williamsburg/EUA: *William & Mary Law Review*, vol. 9, no. 3, 1968, pp. 556-629.

¹⁵ “Ever since the 1966 edition of *Principles of International Law* Brownlie has asserted, ‘There is no general rule that the individual cannot be a ‘subject of international law’, and in particular contexts he appears as a legal person on the international plane’. Indeed it does make sense to shift the discussion from subjectivity to personality, and from general theory to particular contexts.” CLAPHAM, Andrew. The Role of the Individual in International Law. *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 1, 2010, p. 26.

a subjetividade internacional e a segunda como uma perspectiva “concreta” sobre a subjetividade internacional.

Durante minha pesquisa, percebi que ter em mente essa distinção é bastante importante. Algumas discussões sobre a subjetividade internacional dão-se com referência a um quadro teórico geral, enquanto outras discussões partem de situações específicas e bem-delimitadas. Isso traz consequências diretas para o que se entende por subjetividade internacional, pois, para cada perspectiva, há dois limiares distintos para o reconhecimento de um sujeito. Para a perspectiva “concreta”, basta identificar que há uma norma qualquer de direito internacional que concede direitos ou deveres a tal ou qual agente para que se delimite sua subjetividade, a qual é também entendida com contornos limitados – é satisfatório, para o reconhecimento da subjetividade, que o agente seja considerado um sujeito em determinado contexto. Para a perspectiva “abstrata”, é comum somente se dar atenção às normas quando elas indicam um consenso consideravelmente amplo, pois quer-se atribuir o reconhecimento da subjetividade a uma vontade estrutural – somente são considerados sujeitos aqueles agentes aos quais a sociedade internacional concede um mínimo de capacidades fundamentais. No contexto da perspectiva “abstrata”, nem todo contexto é relevante, mas somente contextos que sejam importantes (i) por sua universalidade e (ii) pela relevância de suas consequências – restringe-se, assim, o universo de sujeitos aos detentores de determinados direitos e deveres.

A diferença básica entre a perspectiva “concreta” e a perspectiva “abstrata” pode ser caracterizada como diferentes posturas em relação ao direito internacional geral. Para a perspectiva “concreta”, o direito internacional geral é uma *tabula rasa*, pois não dispõe sobre a criação de novos sujeitos de direito internacional, os quais surgem, na prática, quando qualquer norma de direito internacional reconhece direitos ou deveres para determinado agente¹⁶; para a perspectiva “abstrata”, somente podem surgir novos sujeitos de direito internacional quando uma norma de direito internacional geral o permita previamente. Assim,

¹⁶ A ideia de o direito internacional geral ser uma *tabula rasa* quanto a seus sujeitos pode ser muito bem ilustrada por afirmação de Hersch Lauterpacht, quem pode ser identificado com uma perspectiva “concreta” (a qual ele denomina uma abordagem pragmática da personalidade internacional): “There is no rule of international law which precludes individuals – and, generally, bodies other than States – from acquiring directly rights under customary or conventional international law and, to that extent, becoming subjects of the law of the nations. The question is largely one of ascertaining what is the intention of States – and, generally, the practice of States – in each particular case. The conferment of such rights may cover either particular rights or the so-called fundamental rights of the individual in general.” (LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. Londres/UK: Stevens and Sons Limited, 1950, p. 61).

o silêncio do direito internacional geral é interpretado construtivamente pela perspectiva “concreta”, e restritivamente pela perspectiva “abstrata”.

Claramente, a perspectiva “concreta” traz consigo a expansão do alcance da subjetividade internacional, em comparação com a perspectiva “abstrata”, que depende de referenciais mínimos prévios¹⁷. No contexto da perspectiva concreta, todo acordo de vontades pode criar um sujeito, independentemente do número de envolvidos e da existência de um grau de aceitação generalizado por outros atores. Por outro lado, a perspectiva abstrata tende a favorecer a integralidade da subjetividade internacional, por recorrer a conteúdos mínimos que configuram um conjunto limitado de direitos e deveres relevantes – e por exigir um consenso minimamente amplo. Dessa forma, perspectivas “concretas” usualmente corroboram a fragmentação do direito internacional, por permitirem que haja personalidade internacional em contextos restritos, enquanto perspectivas “abstratas” tendem a favorecer a centralização da ordem internacional, por remeterem ao direito internacional geral para encontrarem capacidades fundamentais, sem as quais não há sujeitos.

Um problema inerente à caracterização da subjetividade internacional é a circularidade de sua própria definição. Vários autores recorrem à relação de causalidade entre a condição de sujeito e a titularidade de direitos e deveres em sentidos opostos: por vezes, afirma-se que certos agentes são considerados sujeitos de direito internacional porque detêm certas capacidades (e também que não podem ser sujeitos de direito internacional porque não detêm certas capacidades) e, por outras vezes, afirma-se que certos agentes somente detêm certas capacidades porque são sujeitos de direito internacional (ou que não podem deter certas capacidades porque não são sujeitos de direito internacional).

O argumento circular é explorado por ambas as perspectivas, contudo, sua utilidade é maior no contexto da perspectiva “abstrata”, pois seus autores, por muitas vezes: (i) recorrem a argumentos de verdade (examinando a prática efetiva na esfera internacional) para resolverem disputas sobre o conteúdo da premissa maior (“é sujeito quem detém tais capacidades”) e (ii) negam eficácia a previsões convencionais que instituem certas capacidades em favor de agentes que não alcançam a condição prevista na premissa maior (“tratado não pode estender capacidades a quem não é sujeito”).

¹⁷ Embora uma perspectiva excessivamente abstrata, de cunho estritamente teórica, possa superar limites que nem a perspectiva concreta consegue fazer, ao atribuir uma vontade sistêmica em incluir ou em rejeitar determinado sujeito sem a prova de qualquer prática pretérita.

A subjetividade internacional no entreguerras

A perspectiva ortodoxa – Dionisio Anzilotti

Durante o século XIX e até os anos imediatamente posteriores à Primeira Guerra Mundial, a perspectiva ortodoxa (ou positivista ortodoxa) dominava os ambientes acadêmicos e profissionais da Europa e da América. Segundo essa perspectiva, o direito internacional teria por sujeitos exclusivos os Estados, e essa seria sua marca distintiva em relação ao direito interno, que diria respeito à relação do Estado com seus cidadãos e destes entre si. É no contexto da perspectiva ortodoxa que o direito internacional equivale perfeitamente a um direito das nações.

Como explica Jochen von Bernstorff, a perspectiva ortodoxa tem sua sistematização científica no refinamento de premissas hegelianas sobre o direito internacional por parte de Georg Jellinek¹⁸. Hegel fora o precursor do voluntarismo, ao considerar que o direito somente seria formado por normas que pudessem ser remontadas à vontade dos Estados, tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo – contudo, sua defesa de que o direito internacional equivaleria a uma mera projeção externa do direito interno privilegiava a autonomia das nações e inviabilizava a compreensão de que o entrelaçamento de vontades pudesse gerar normas internacionais vinculantes quando a vontade individual de uma nação fosse pelo descumprimento¹⁹. Segundo Jellinek, a autoimposição (*Selbstverpflichtung*) deixaria de ser um conceito meramente psicológico para assumir um conteúdo normativo em razão da Sociedade Internacional dos Estados, na qual as relações entre os soberanos teriam levantado uma “barreira objetiva” contra a possibilidade de que os Estados se liberassem unilateralmente de seus compromissos:

Behind the objective nature of international relations as a barrier to the sovereign will of the State stood Jellinek’s own conception of an international “community of states”. For him, however, this community of States was not an idea of natural law, but the sociological product of the growing international intertwining of (European) State interests, of the kind that had become especially apparent in the

¹⁸ VON BERNSTORFF, Jochen. Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law. *Goettingen/ALE: Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, no. 3, pp. 659-675.

¹⁹ *Idem*, pp. 662-666. Também, nesse sentido: “Some time later Hegel had carried the position farther by interpreting the state as a metaphysical reality with value and significance of its own, and by endowing it with the will to choose whether it should or should not respect law.” (STARKE, J. G. Monism and Dualism in the Theory of International Law. *British Yearbook of International Law*, vol. 17, 1936, p. 68).

nineteenth century. From Jellinek's perspective, the State could no longer be described abstractly as an entity that was autarkic and without obligations, since the assumptions derived from such a premise utterly failed to reflect the real conditions of international life. Instead, the State was contingent on the totality of the States in all aspects of its existence and actions. The "community of states" was a fact, and ignoring it made any deeper comprehension of the problems related to international law impossible. (...) Through membership in the "community of states", the State was bound by "objective international law".²⁰

Dionisio Anzilotti, o juiz que mais encabeçou maiorias nos julgamentos da Corte Permanente de Justiça Internacional²¹, é um dos mais fortes representantes da concepção ortodoxa no entreguerras, construindo um imponente edifício teórico e rejeitando expressamente qualquer influência jusnaturalista²². Em seu *Corso di Diritto Internazionale*, publicado em 1915 em italiano, com tradução de 1929 para o alemão e para o francês e de 1935 para o espanhol, tem-se também como ponto de partida da perspectiva ortodoxa a Sociedade Internacional dos Estados²³, que estaria localizada no ápice dos níveis de civilização²⁴. A evolução das sociedades humanas teria seguido a lógica dos agregados humanos reunidos por um poder central, consolidados sob a forma dos Estados soberanos. A necessidade de socialização alcançaria por fim também os Estados, e seria intermediada pelo direito internacional, que disciplinaria a relação entre esses grupos sociais. O direito internacional nasceria da interação entre as vontades dos Estados e da necessária vinculação às normas assim produzidas – a civilização teria fixado o respeito às próprias obrigações como norma suprema do direito internacional:

Ce qui distingue l'ordre juridique international, c'est que, dans cet ordre international, le principe *pacta sunt servanda* ne repose pas, comme dans le droit interne, sur une norme supérieure ; c'est lui-même qui est la norme suprême²⁵.

²⁰ Idem, p. 672.

²¹ Além de ser o juiz que serviu por mais tempo no tribunal, desde sua criação até sua substituição pela Corte Internacional de Justiça (1922-1946).

²² LIMA, Lucas Carlos. Dionisio Anzilotti. In: DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo; LIMA, Lucas (orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 312-313.

²³ ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International. Premier Volume: Introduction – Théories Générales*. Trad. de Gilbert Gidel. Paris/FRA: Recueil Sirey, 1929, pp. 41-48.

²⁴ Contudo, cabe ressaltar que Dionisio Anzilotti rejeitava a construção de um evolucionismo que impusesse determinados conteúdos substantivos como absolutos e necessários. Vide: GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, vol. 3, no. 1, 1992, pp. 124-125.

²⁵ Idem, p. 44.

A influência hegeliana se manifesta tanto no direito interno quanto no internacional: naquele, tudo se justifica em favor do Estado; neste, os Estados somente tratam as questões entre si, e a mera suposição de que eles poderiam vir a tratar com outros agentes é considerada uma involução. A ideia-chave da Sociedade Internacional dos Estados, na qual a perspectiva ortodoxa se baseia, traduz essa involução também como uma incorreção, pois é da natureza do próprio direito internacional considerá-los seus sujeitos exclusivos, independentemente do que considerem outras disciplinas²⁶.

Outro fundamento que garante sistematicidade à perspectiva ortodoxa é a construção do direito internacional como um sistema de autoimposição, em contraposição ao direito interno. Sob essa concepção, decorreria do *pacta sunt servanda* a subjetividade exclusiva dos Estados, pois outros agentes que não participaram dos atos constitutivos das normas internacionais não poderiam ser sujeitos²⁷. Nesse contexto, como Estados determinam sua própria conduta de comum acordo no direito internacional, eles não podem fazer com que suas normas tenham efeitos diretos sobre outros agentes²⁸, o que explica também o dualismo estrito – normas internacionais só podem ter os Estados, que são seus produtores, como destinatários. Esse fundamento estrutural também justifica o fato de a perspectiva ortodoxa, por vezes, abordar a personalidade internacional com uma visão ainda mais dilatada, por imiscuir nela noções referentes também à produção de normas jurídicas – afinal, a ideia de autoimposição faz com que os sujeitos estejam nos dois lados da cadeia normativa, sendo simultaneamente destinatários e produtores de direitos e de deveres²⁹.

A necessidade de autoimposição justifica que a diferença entre o direito interno e o direito internacional exista tanto do ponto de vista dos produtores da norma quanto de seus destinatários. Cada sistema tem seu espaço próprio, e, para que uma norma transcenda essa fronteira, é necessário obedecer as regras de produção normativa de cada sistema, seguindo o modelo de incorporação de Triepel³⁰. Examinando os instrumentos celebrados antes da Primeira Guerra, que supostamente garantiriam direitos e deveres na esfera internacional para indivíduos, Anzilotti afirma que:

²⁶ *Idem*, p. 122-123.

²⁷ *Idem*, p. 130.

²⁸ REDSLOB, Robert. *Traité de Droit des Gens*. Paris/FRA: Sirey, 1950, p. 71.

²⁹ Assim, de forma interessante, é somente quando a perspectiva ortodoxa é superada nesse ponto que surgem maiores controvérsias sobre a democracia no direito internacional, uma vez que se admite que os destinatários da norma possam não coincidir com seus produtores.

³⁰ TRIEPEL, Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. In: Academia de Direito Internacional da Haia. *Recueil des Cours*, vol. 1, 1923, pp. 77-121.

Aux termes du point de vue ici adopté, les normes internationales ne prennent le caractère juridique dans les ordres internes que par le moyen de la réception (...) Les normes coutumières ou les traités qui, en apparence, imposent des devoirs aux individus, imposent en réalité à l'État l'obligation d'interdire ou de punir certains faits individuels ou autorisent l'Etat à le faire alors qu'autrement il en serait empêché : l'obligation de l'individu ne naît pas si l'Etat n'a pas posé la norme qui interdit ; *nullum crimen sine lege*. Et les normes qui en apparence accordent des droits aux individus, en réalité obligent ou autorisent l'Etat à accorder les droits dont il s'agit : l'individu tire ses droits, non pas de la norme internationale, mais de la norme interne³¹.

Assim, são características da perspectiva ortodoxa: o dualismo estrito, a subjetividade exclusiva dos Estados e a autoimposição como forma de produção do direito internacional. Como se pode perceber, a construção teórica da personalidade internacional por parte dessa perspectiva, ao derivar os Estados como únicos detentores de personalidade jurídica a partir da própria natureza da sociedade internacional, consolida uma visão abstrata da personalidade internacional, com um rol exauriente de sujeitos.

A perspectiva sociológica – Georges Scelle

Interpretações diametralmente opostas sobre a sociedade internacional separam a perspectiva sociológica da perspectiva ortodoxa. Se, por um lado, a teoria ortodoxa reforça o papel do Estado tanto na esfera interna quanto na internacional pela afirmação da Sociedade Internacional dos Estados, a teoria sociológica elimina o papel fundamental do Estado como abstração jurídica (*le dépassement de l'État*), para construir a ordem internacional como uma derivação da solidariedade social entre os indivíduos. Esta está relacionada com a tese durkheimiana da solidariedade orgânica: por decorrência da divisão do trabalho, há a necessidade de maiores contatos entre indivíduos³².

Léon Duguit é o precursor da escola sociológica, ao consolidar a tradição jurídica da Escola de Bordéus, baseada nos indivíduos e na solidariedade. Contudo, sua teoria objetivista

³¹ ANZILOTTI, Dionisio. *Op. cit.* p. 134.

³² KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2008, pp. 297-298. THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*, vol. 1, no. 1, 1990, p. 199. Georges Scelle fala, além da divisão do trabalho, do comércio internacional em sentido amplo. SCELLE, Georges. *Cours de Droit International Public*. Paris/FRA: Editions Domat-Montchrestien, 1948, p. 18.

ainda não ultrapassa os círculos acadêmicos do direito público e do direito constitucional francês. Nicolas Politis e Georges Scelle, influenciados por suas obras, são os responsáveis por alçarem o pensamento da escola sociológica ao contexto dos estudos de direito internacional³³.

No contexto do direito internacional, a doutrina sociológica se sistematiza posteriormente à doutrina ortodoxa, somente no início do século XX, em um momento em que a última já está consolidada como teoria científica predominante do direito internacional, propondo sua superação. O crescimento da interdependência entre os Estados, especialmente posto em evidência pelo exemplo das Conferências de Paz da Haia, poria em questão os postulados voluntaristas da doutrina ortodoxa. “A somewhat community-oriented international law must look beyond arbitrary agreements of states as the basis and the main expression of the legal order.”³⁴ O sistema de Jellinek operaria com uma abstração perigosa: a ideia de que tudo remonta à vontade dos Estados põe na mão desses entes fictícios, controlados por poucos governantes, a competência de dispor e de indispor sobre os direitos dos indivíduos³⁵.

O interesse da perspectiva sociológica em negar a perspectiva ortodoxa era cuidadoso para não incorrer em um retorno às tradições naturalistas especulativas. O interesse iconoclasta da escola sociológica não pretendia abandonar o rigor científico. Nesse contexto, manteve-se positivista, mas mudou o objeto de sua análise para um estudo empírico e científico dos fatos sociais, que seriam a causa material de toda norma jurídica³⁶. De modo a recusar um maior papel à vontade, tampouco se aproximaria da sociologia alemã, cujas abstrações da vontade coletiva faziam arriscar maiores contatos com a ortodoxia³⁷.

A perspectiva sociológica segue um positivismo comtiano, que se distingue da perspectiva hegeliana – trata-se de remontar as normas jurídicas a um imperativo empírico e social, e não a um imperativo normativo e formalista. A perspectiva sociológica traz uma

³³ KASIRER, Nicholas. A Reading of Georges Scelle's “Précis de droit des gens”. Vancouver/CAN: *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 24, 1986, pp. 372-385.

³⁴ KOLB, Robert. Politis and Sociological Jurisprudence of Inter-War International Law. *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 1, 2012, p. 235.

³⁵ SCELLE, Georges. *Op. cit.*, p. 509.

³⁶ KOLB, Robert. *Op. cit.*, p. 235.

³⁷ *Idem*, p. 236. Embora o pensamento de um grande juiz da Corte Permanente de Justiça Internacional, o suíço Max Huber, seja usualmente caracterizado como uma análise sociológica sobre o direito internacional, não o incluo no contexto da perspectiva sociológica por envolver vários elementos da escola histórica e da sociologia alemãs, o que, em vários momentos, aproxima seu pensamento da ortodoxia. Sobre isso, ver: DELBRÜCK, Jost. Max Huber's Sociological Approach to International Law Revisited. *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 1, 2007, pp. 97-113.

teoria própria das fontes do direito. A necessidade social, ditada pelas relações entre os indivíduos, ordena uma ética social própria, que deve ser traduzida pelos detentores de poder em normas jurídicas³⁸. É o objeto da ciência do direito estudar como o fato social ordena o direito objetivo, o que permite uma crítica quanto à sua correspondência com o direito positivo³⁹.

Léon Duguit retira derivações muito importantes dessa teoria das fontes. Como o direito objetivo decorre da solidariedade social posta em prática, o direito positivo é simplesmente declaratório. A ideia ortodoxa de autoimposição, assim, é uma ilusão desnecessária⁴⁰ e só tenderia a reforçar a soberania do Estado em detrimento da soberania do Direito.

De mais a mais, tendo em vista que todo direito tem por base o requisito de solidariedade e provém dos fatos sociais, a corrente sociológica não distingue os sistemas interno e externo – existe somente um direito (*le droit tout court*).

An individual is a citizen of his state and of his town, and is a member of his church, of his sports club, and of the universal community; he is therefore subject to several legal orders which are interlaced and superimposed. The "law of people" is thus hierarchically structured⁴¹.

Nesse *droit tout court*, a prevalência seria da ordem mais ampla, que une todos os indivíduos, e que equivaleria ao que chamamos de direito internacional. A própria lógica da solidariedade esvaziaria o sentido da prevalência de ordens setoriais; afinal, deve-se estendê-la até seu grau mais amplo, favorecendo a coletividade inteira, com os espaços de conformação abertos para que a interação social seja baseada em fatos locais. É nesse contexto que Léon Duguit e Georges Scelle viriam a construir sua ideia de uma federação internacional de indivíduos como base justificadora da prevalência do direito internacional.⁴²

³⁸ DUPUY, René-Jean. Images de Georges Scelle. *European Journal of International Law*, vol. 1, no. 1, 1990, p. 237.

³⁹ THIERRY, Hubert. *Op. cit.*, p. 197.

⁴⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *Op. cit.*, p. 300.

⁴¹ THIERRY, Hubert. *Op. cit.*, p. 200.

⁴² COSTA, João Frank da. O fundamento do direito internacional segundo Léon Duguit e Georges Scelle. Rio de Janeiro: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 10, nos. 19/20, 1954, pp. 39-57.

A perspectiva sociológica teve como centro nevrálgico a Academia francesa. Duas condições favoráveis ajudam a explicar a popularidade dessa doutrina na França⁴³: o fato de ser conseqüência da doutrina comtiana, proveniente desse país e nele popularizada; e o contexto político francês favorável, já que o *Solidarisme* lançado por Léon Bourgeois tinha grande repercussão na Terceira República Francesa. Seu maior representante no entreguerras, e também seu mais importante sistematizador, foi Georges Scelle, especialmente desde a publicação de seu *Précis de Droit des Gens*, de 1932.

Como já dito, são características comuns à visão sociológica: (i) a rejeição do Estado, (ii) a afirmação de um monismo absoluto e (iii) a construção da ordem internacional como um contexto de solidariedade entre indivíduos, os quais, então, seriam os únicos sujeitos dessa ordem. A teoria de Georges Scelle entrelaça todos esses elementos em sua doutrina com recurso a duas figuras, as quais abordaremos em seguida: a teoria do agente jurídico (*les agents juridiques*) e a teoria do desdobramento funcional (*le dédoublement fonctionnel*).

Para Georges Scelle, as exigências de solidariedade social levam à construção de uma ordem jurídica distinta de uma ordem religiosa e de uma ordem moral, cuja existência coincide com garantir compulsoriamente que a ética pública e o poder estejam em conjunção. Nesse sentido, o conteúdo das próprias normas jurídicas é essencialmente a atribuição adequada de competências entre todos os membros do tecido social considerados capazes de entender e de desejar os efeitos do direito – os agentes jurídicos. Essa atribuição de competências se dá por meio de regras normativas, que tratam de permissões ou de proibições de agir; de regras construtivas, que determinam como se dará o exercício das competências; e de regras institucionais, que atribuem funções sociais (legislativas, judiciais ou administrativas) a um número determinado de agentes jurídicos⁴⁴.

Georges Scelle esclarece que o uso da terminologia agente jurídico, em lugar da expressão mais usual sujeito de direito, serve para que não se insira no seu rol de entes competentes também pessoas jurídicas, as quais não agem por si próprias, e tem por base o fato de somente os indivíduos serem agentes dotados de vontade, cuja atuação tem o condão de produzir ou modificar situações jurídicas:

⁴³ Thierry Hubert chega ao ponto de afirmar que: “The thought of Scelle was so influential that, for a time, the concept of sovereignty was all but banished from the research and teaching of the international law faculties of French universities”. *Op. cit.*, p. 193.

⁴⁴ SCELLE, Georges. *Op. Cit.*, pp. 1-17.

On appelle sujets de Droit ou mieux agents juridiques, les individus ou personnes investis les individus ou personnes investis de compétences. Le terme d' «agents juridiques» est le meilleur, car il précise qu'il s'agit d'individus capables de vouloir un effet de droit. (...) L'attribution des compétences varie avec chaque ordre juridique et avec la situation sociale qu'occupe l'individu particulier, agent ou gouvernant. (...)

La technique classique du Droit distingue parmi les sujets de Droit investis de compétences les personnes physiques et les personnes morales (...). Nous entretenons la plus grande méfiance a l'égard de cette conception et de cette terminologie. Il est bien vrai que le Droit protège soit des intérêts individuels, soit des intérêts collectifs, soit même des buts sociaux derrière lesquels on ne peut même pas découvrir de groupe d'individus cohésif (fondations, par exemple). Mais il n'est pas vrai que ces collectivités ou ces buts sociaux constituent des entités personnelles douées d'intelligence et de volonté propres. Ce ne sont pas des agents juridiques. (...) La personnalité morale est une fiction⁴⁵.

O direito internacional, para Georges Scelle, é a ordem normativa que diz respeito à sociedade global, e não a outras sociedades – sua característica distintiva é o fato de não haver ordem jurídica de alcance mais amplo que a ela se superponha⁴⁶. A ordem internacional pode conferir competências aos seus agentes jurídicos diretamente ou indiretamente (mediante a habilitação das ordens jurídicas internas). É comum, porém, que a ordem internacional, ao indicar de forma direta as competências de certos agentes, deixe um espaço para que a norma interna discipline as condições de investidura. Esse é o caso das normas de nacionalidade, das normas referentes às eleições dos Chefes de Governo e de Estado e das normas referentes à designação de representantes consulares e diplomáticos – embora a ordem internacional reconheça certas competências aos sujeitos em abstrato, é a ordem interna que determina quais sujeitos se subsomem a aquela categoria⁴⁷.

Tanto no contexto do direito interno quanto do direito internacional, Georges Scelle reconhece que, apesar de a figura do Estado ser inadequada, é importante distinguir os detentores de poder do resto da população, mas somente na medida em que funções sociais

⁴⁵ *Idem*, pp. 13-14.

⁴⁶ *Idem*, p. 17. “Tal hierarquia, contudo, não seria uma hierarquia rígida, mas sim fundamentada na sobreposição de diferentes ordens jurídicas, baseada no número de pessoas pertencentes a cada coletividade, de modo que a coletividade universal (ecumênica, na linguagem típica do autor) sobrepor-se-ia à coletividade estatal, que se sobreporia à coletividade municipal” ROESSING NETO, Ernesto. Georges Scelle. In: DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo; LIMA, Lucas (orgs.). *Op. cit.*, pp. 372-373.

⁴⁷ SCELLE, Georges. *Op. Cit.*, pp. 507-508.

específicas são atribuídas a essa parcela dos agentes jurídicos – ou seja, na medida em que os requisitos de solidariedade justificam suas competências especiais. A ordem internacional, assim, reserva aos governantes, aos agentes oficiais e aos membros do *service public international* o papel de facilitar as relações internacionais, do qual decorre um regime jurídico diferenciado⁴⁸.

O monismo da perspectiva sociológica se manifesta em Georges Scelle pelas leis da hierarquia das ordens jurídicas e do *dédoublement fonctionnel*. Scelle admite que existem várias ordens sociais superpostas, que servem distintos interesses públicos de coletividades, mas todas essas ordens estão submetidas em último termo à ordem internacional, já que devem ser compatíveis com “l’intérêt public global, qui est celui de la société humaine”⁴⁹. Além disso, a carência institucional da ordem internacional não prejudica a eficácia dessa ordem, nem ataca sua própria viabilidade, pois, enquanto não se alcança um estágio desejável de institucionalização supraestatal e enquanto a repartição de competências não se aperfeiçoa em toda e cada ordem (federalismo internacional), as instituições dos governos também podem efetivar o direito internacional. Esse é o *dédoublement fonctionnel* – a possibilidade de a instituição exercer funções sociais ora de uma ordem jurídica, ora de outra⁵⁰.

Tendo em vista a originalidade da perspectiva sociológica em relação às demais concepções sobre o direito internacional, ao adotar um positivismo sociológico, e não jurídico, fica até difícil enquadrá-la como uma perspectiva abstrata ou concreta. De toda forma, seu desprezo de qualquer abstração jurídica, e sua referência à exclusividade dos indivíduos como agentes jurídicos, parecem aproximá-la da concepção abstrata, ainda que isso não derive do próprio direito internacional geral, mas das condições concretas de existência. Entretanto, a admissão que há categorias distintas de indivíduos, cujas competências podem ser distribuídas inequitativamente, sugere certa proximidade da concepção concreta, mas exclusivamente dentro da própria categoria dos indivíduos.

A perspectiva humanista – James Brierly

O sucesso retumbante da perspectiva ortodoxa desde o século XIX pusera em descrédito as perspectivas naturalistas de roupagem jusracionalista que dominaram o direito

⁴⁸ *Idem*, pp. 543-544.

⁴⁹ *Idem*, p. 21.

⁵⁰ *Idem*, pp. 21-23.

internacional desde o século XVII⁵¹. Certamente falar no entreguerras de direitos individuais derivados da natureza pareceria pouco razoável e démodé.

Uma importante característica comum às doutrinas fundacionais do direito internacional, porém, perdera-se com a adoção da perspectiva ortodoxa – a ideia de que o direito internacional, ao lado de regular relações entre Estados, também conteria normas diretamente aplicáveis a indivíduos⁵². Esse esquecimento quanto ao papel dos indivíduos, além de ser indesejável, também deixaria sem fundamentação adequada alguns dos institutos tradicionais do direito internacional – como explicar a gênese dos “princípios gerais de direito” como fonte autônoma de direito internacional que transcenderia as relações individuais ou como justificar a já assentada questão dos inimigos da humanidade?

Enquanto a perspectiva ortodoxa abraça uma perspectiva organicista, considerando que o direito internacional se constrói a partir da vontade própria dos Estados, e a perspectiva sociológica rejeita qualquer construção organicista como uma mera abstração; já a perspectiva humanista opera em um meio termo. Tal perspectiva não rejeita a abstração estatal, acolhendo a personalidade jurídica do Estado, mas considera que a atuação dessa entidade só se justifica na medida em que não segue interesses próprios, mas interesses comuns para o favorecimento da humanidade. Assim, a perspectiva humanista “funcionaliza a personalidade estatal”.

Tomando como ponto de partida a teoria corporativista⁵³, em semelhança à doutrina ortodoxa, os autores da perspectiva humanista fazem em seguida um giro argumentativo que, por meio da teleologia, combina elementos da antiga doutrina naturalista à ortodoxia. A abstração estatal é um elemento importante na produção normativa da comunidade internacional, mas está subordinada à finalidade do próprio ordenamento jurídico da comunidade internacional, que é a garantia de paz e o favorecimento de todos os indivíduos. Dessa finalidade pode surgir a necessidade de os Estados também reconhecerem direitos

⁵¹ KOROWICZ, Marek. The Problem of the International Personality of Individuals. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, p. 534.

⁵² “Legal positivism had taken the eighteenth century law of nations, a law common to individuals and states, and transformed it into public and private international law. The former was deemed to apply to states, the latter to individuals.” JANIS, Mark. Individuals as Subjects of International Law. Ithaca/EUA: *Cornell International Law Journal*, vol. 17, 1984, p. 63.

⁵³ Sobre as teorias corporativistas e as discussões sobre a personalidade internacional, não posso deixar de recomendar o excelente artigo de Hans Aufricht, que contém uma breve introdução sobre o tema: AUFRICHT, Hans. Personality in International Law. *American Political Science Review*, vol. 37, no. 2, 1943, pp. 217-243. O artigo também está disponível em livro de coletânea: JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Farnham/UK: Ashgate, 2010.

diretamente aos indivíduos – o que seria consonante com as limitações intrínsecas da vontade estatal.

Interessantemente, há também “re-penetrações” hegelianas em certos autores da perspectiva humanista, que acabam por efetuar um giro argumentativo de retorno, ao considerarem que, embora a ordem internacional tenha por finalidade última a proteção dos seres humanos, esse objetivo se dá da melhor forma pela atuação concertada dos Estados, que sintetizam e conseguem efetivar a vontade de todos. É o caso de Louis Le Fur. Embora o autor parta de uma afirmação dos deveres dos Estados perante os indivíduos, ele considera que, enquanto aqueles são sujeitos diretos do direito internacional, estes são somente sujeitos indiretos, dependentes de representação⁵⁴. Na prática, essa concepção se aproxima significativamente da própria doutrina ortodoxa, ao defender o dualismo estrito e a subjetividade exclusiva dos Estados no direito internacional, no que podemos caracterizá-la como um “humanismo ortodoxo”.

No contexto da doutrina humanista do entreguerras, tem-se como autor mais representativo James Leslie Brierly, cujo manual, *The Law of Nations*, inicialmente publicado em 1928, teve enorme repercussão na doutrina de língua inglesa.

Como explica Hersch Laterpacht, James Brierly, que lamentava expressamente o abandono do direito natural nos estudos do direito internacional, formula uma versão revisada e moderna do direito natural em sua teoria, sem cair nas armadilhas das verdades atemporais, da imutabilidade de conteúdos transcendentais e da teoria de direitos fundamentais preexistentes e pré-estatais. O elemento-chave dessa retomada em bases mais sólidas é o reconhecimento de que o direito teria a finalidade própria de garantir bem-estar, que não se confundiria com a simples vontade dos soberanos⁵⁵. O elemento teleológico assenta bases morais que dão ao direito internacional critérios mais amplos do que a autoimposição. A concepção teleológica de Brierly, que é associada ao próprio direito, aponta para o fato de concepções dualistas e da personalidade internacional exclusiva dos Estados serem abstrações desnecessárias e paralisantes.

For he was emphatic that as the law exists for the sake of the individual living in society, its final appeal must be directed to the individual (...). No system of law,

⁵⁴ LE FUR, Louis. *La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne*. Paris/FRA: Hachette, 1928.

⁵⁵ LAUTERPACHT, Hersch. Brierly's Contribution to International Law. *British Yearbook of International Law*, vol. 32, 1955-1956, pp. 1-3.

he insisted, partakes of an absolute value; there is no rule, either of law or of ethics, which is absolutely independent of the situation in which the individual is called upon to act. It is this aspect of his philosophy which largely explains his affirmation of the position of the individual human being as a possible subject of international law and his disinclination to concede that only States can be its subjects. (...) international law is being conceived as being addressed, ultimately and actually, to individual human beings.

Thus, although the State is in some ways an expression of the unity of its subjects, it is not true that they have no other interests, including international interests, except those represented by the State. From this point of view, the rule that States are subjects of international law is no more than a rule of convenience; there is no sacrosanctity about it⁵⁶.

Por fim, James Brierly, em seu *The Law of the Nations*, em seção intitulada *Alguns Defeitos do Sistema [Internacional]*, critica abertamente a doutrina ortodoxa. Esta, ao dar ênfase exagerada à autovinculação, sem atentar para a função humanista do direito internacional, estaria perpetuando seu baixo grau de institucionalização, e, com isso, concretizaria sua própria profecia:

International law is in fact just a system of customary law, upon which has been erected, almost entirely within the last two generations, a superstructure of 'conventional' or treaty-made law, and some of its defects are precisely those that the history of law teaches us to expect in a customary system. (...)

A customary system of law can never be adequate to the needs of any but a primitive society, and the paradox of the international society is that, whilst on the material side it is far from primitive, and therefore needs a strong and fairly elaborate system of law (...), its spiritual cohesion is, as we have already seen, weak, and as long as that is so the weakness will inevitably be reflected in a weak and primitive system of law.

Whether from a review of all these shortcomings we ought to conclude that international law is a failure depends upon what we assume to be its aim (...). If we believe that it can and should be used, as national law has begun to be used, as an instrument for promoting the general welfare in positive ways, and even more if

⁵⁶ *Idem*, p. 5.

we believe that it ought to be a powerful means of maintaining international peace, then we shall have to admit that it has so far failed.⁵⁷

Dessa forma, na concepção humanista, que revitaliza o direito natural sem bases transcendentais, é papel do direito internacional garantir a proteção de todos os indivíduos. Suas funções não se distinguem em essência daquelas do direito interno, mas somente em razão de seu alcance, o que não é suficiente para justificar a separação dessas ordens. Além disso, ainda que continuem a reconhecer o papel do Estado, seus autores não rejeitam a mutabilidade da subjetividade internacional, que pode se expandir para outros sujeitos, conforme as necessidades do contexto internacional o indiquem. Assim, sua concepção da subjetividade internacional oscila entre uma abordagem concreta e uma abordagem abstrata.

Um novo positivismo jurídico – Hans Kelsen

Uma última concepção, nascida nos últimos anos do entreguerras, pretendia liberar a subjetividade internacional de toda perspectiva abstrata, rompendo as amarras que o direito internacional geral ou a sociedade internacional supostamente imporiam sobre a criação de novos sujeitos.

A vida conturbada de Hans Kelsen, que o forçou a mudar-se de país por três vezes em razão de perseguições étnicas e políticas, não obstante, diversificou seu contato com concepções diametralmente opostas sobre o direito internacional. Se, por um lado, em seus estudos de doutoramento em Heidelberg, Hans Kelsen havia aprendido com grandes expoentes do direito público alemão, e se interessara especialmente por um seminário dado por Georg Jellinek, em 1908; por outro lado, viria a ser colega de Georges Scelle em 1933 no corpo docente do *Institut Universitaire des Hautes Études Internationales* de Genebra⁵⁸. Contudo, desde sua estreia acadêmica, é notável a independência de Kelsen em relação às grandes perspectivas professadas no direito internacional.

Em primeiro lugar, a rejeição de Kelsen de uma perspectiva organicista, que considerava o Estado como portador de uma vontade e de um espírito próprios, sempre foi elemento importante em suas obras, tão cedo quanto em 1911, com seu *Hauptprobleme der*

⁵⁷ BRIERLY, James. *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*. Oxford/UK: Clarendon Press, 1963, pp. 71-77.

⁵⁸ LADAVAC, Nicoletta. Hans Kelsen (1881-1973): Biographical Note and Bibliography. *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 2, 1998, pp. 391-400.

Staatsrechtslehre. As críticas ao organicismo foram, inclusive, o tema principal de uma delas: *Der Staat als Integration: Eine Prinzipielle Auseinandersetzung*, de 1930⁵⁹. Se, ainda cedo, Kelsen teria formulado sua tese de que o Estado equivaleria à ordem jurídica interna, ele levaria mais tempo para abandonar a perspectiva dualista, e para aperfeiçoar sua perspectiva sobre o monismo⁶⁰.

Para Kelsen, o monismo era uma necessidade lógica, tendo em vista que: (i) a ordem jurídica deveria se apresentar de maneira unitária para permitir sua cognição plena e, (ii) sem essa unidade estrutural, poderiam existir comandos jurídicos opostos provenientes de duas ordens jurídicas igualmente válidas, o que impossibilitaria a eficácia dessas ordens jurídicas, contrariando sua condição de existência⁶¹. Tendo em vista os resultados egoísticos que o monismo com prevalência do direito interno causaria, Kelsen, por razões políticas, define que o monismo mais adequado seria aquele com prevalência do direito internacional, como forma de se favorecer o pacifismo⁶².

À exceção da definição do monismo com prevalência do direito internacional, toda a construção de Kelsen para compreender a ordem jurídica mundial parte de um positivismo jurídico metodológico, em que a estrutura dos fenômenos e processo jurídicos é estudado de um ponto de vista formal, e não substantivo, sob as lentes da validade, e não da justiça⁶³. Assim, é a metodologia kelseniana que justifica sua constante fixação na busca pela norma

⁵⁹ Nessa obra, na qual Hans Kelsen rejeita a visão de Estado proposta por Rudolf Smend, o autor alerta para o risco inerente de todas as teorias organicistas, que, ao naturalizarem o Estado, autorizariam o avanço do Estado total, com consequências desastrosas também para o contexto internacional. Há excelente tradução espanhola do Prof. Juan Antonio García Amado, complementada por comentários preliminares do tradutor: KELSEN, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Trad. de Juan Antonio García Amado. Madri/ESP: Tecnos, 1997, p. 95.

⁶⁰ GALINDO, George. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 42-43. O que se explica, em parte, pela aproximação tardia de Hans Kelsen do direito internacional público, que somente se inicia em 1920, com o *Das Problem der Souveränität*. Vide: RIGAUX, François. Hans Kelsen. Trad. de Arno Dal Ri Jr. In: DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo; LIMA, Lucas (orgs.). *Op. cit.*, p. 432.

⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 365.

⁶² *Idem*, pp. 377-386. Esse desvio do positivismo metodológico feito pelo próprio Kelsen é efetivamente o ponto mais controverso de sua teoria do direito. Essa opção política o aproxima da perspectiva naturalista, que ele tanto negava, ao atribuir um papel específico ao direito internacional e ao reinserir concepções axiológica no direito. David Dyzenhaus, tomando esse “calcanhar-de-aquiles” como ponto de partida, chega a enquadrar Hans Kelsen como um precursor da ideia de que o Estado somente exerceria competências delegadas, mas que nunca teria chegado a fazer esse tipo de afirmação por não largar mão de sua própria fé no positivismo: DYZENHAUS, David. Positivism and the Pesky Sovereign. *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 2, 1998, pp. 363-372.

⁶³ BOBBIO, Norberto; ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A Talk. *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 2, 1998, p. 359

fundamental⁶⁴. Afinal, era essa norma que trataria de responder a questão final, referente à fonte de validade das normas jurídicas. É pela reconstrução das cadeias de validade, em um raciocínio indutivo, que Hans Kelsen chega à formulação de sua norma fundamental, que daria validade a toda a ordem jurídica:

Primeiramente, partir-se-ia da norma mais baixa dentro do Direito Internacional, ou seja, a decisão de um tribunal internacional. Esta decisão teria validade, uma vez que foi um tratado quem instituiu o tribunal. Se novamente se pergunta se esse tratado teria validade, chegar-se-ia à norma geral que obriga os Estados a se conduzirem conforme os acordos por eles firmados: a norma *pacta sunt servanda*, de Direito Internacional Geral, a qual seria criada pelo Direito Internacional Consuetudinário. A norma fundamental, pois, para Kelsen, seria uma norma que aprova o costume como fato criador de normas, podendo ser assim formulada: “Os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”⁶⁵.

A construção de uma norma fundamental de conteúdo formal por parte de Hans Kelsen justifica sua sistematização posterior da teoria das esferas de validade, à qual dediquei poucas palavras em seção anterior. A norma fundamental somente estipula o método de produção do direito, mas não os limites pessoais de participação na ordem jurídica nem os limites materiais de conteúdos a serem previstos pelas normas jurídicas. Tem-se, dessarte, que o único limite estrutural do direito internacional é que suas normas estejam unidas por uma cadeia de validade à norma fundamental – o que deixa a definição de seus sujeitos e de seus conteúdos a cargo das próprias normas. O direito internacional não tem um rol predefinido de sujeitos⁶⁶.

Apesar de Hans Kelsen rejeitar a teoria organicista, pode-se perceber que sua teoria não desconsidera a importância do voluntarismo. Embora a norma fundamental exista independentemente da vontade dos Estados, tanto ela quanto a norma a ela imediatamente inferior pressupõem a vontade dos Estados para a produção de conteúdos jurídicos – seria,

⁶⁴ O positivismo metodológico, repita-se, era um postulado também da doutrina ortodoxa – o que faz com que seus autores, a exemplo da já citada teoria de Dionisio Anzilotti, também realizassem uma busca pela norma fundamental.

⁶⁵ GALINDO, George. *Op. cit.*, p. 45

⁶⁶ Embora Kelsen já tivesse afirmado, em momento anterior, que os Estados seriam “os sujeitos específicos do direito internacional” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito*, p. 355), o que indicaria resquícios da concepção abstrata em sua teoria, cabe ressaltar que sua posição mudou ao longo do tempo. É certo que sua norma fundamental parecia pressupor a subjetividade internacional dos Estados, por depender da atuação desses por via costumeira. A posição do autor, pelo contrário, negava essa constatação, afirmando que se tratava de uma mera questão procedimental, que ainda deixava em aberto os limites da subjetividade (KOROWICZ, Marek. *Op. cit.*, p. 540).

assim, a vontade dos Estados a responsável pela dimensão substantiva do direito internacional⁶⁷.

Desse modo, são características desse novo positivismo, desenhado por Kelsen: o monismo com prevalência do direito internacional, a subjetividade internacional aberta, definida com uma perspectiva estritamente concreta, e a garantia de um papel importante para a vontade dos Estados.

A subjetividade internacional nos dias de hoje

As discussões sobre a personalidade internacional nos dias de hoje são significativamente diferentes em relação àquelas do entreguerras. Enquanto antes havia uma visão acadêmica sobre a matéria, as discussões atuais parecem refletir uma visão de operador sobre a subjetividade internacional – não são construídos modelos amplos de justificação sobre a questão, mas as fórmulas argumentativas oscilam entre uma perspectiva abstrata e uma perspectiva concreta. Um realismo pouco autocrítico parece ter dominado a disciplina, relegando critérios antes considerados fundamentais à compreensão do direito internacional “à prática”, e construindo a subjetividade internacional como uma colcha de retalhos com um cosimento imperfeito – tal ou qual nação decide se segue o dualismo estrito, o dualismo moderado ou o monismo, e a defesa da subjetividade adota roupagens argumentativas distintas em uma mesma obra quando se trata de justificar a subjetividade de certos atores, em comparação com outros.

Em primeiro lugar, a doutrina dominante continua a afirmar o papel central dos Estados na ordem internacional, os quais seriam o sujeito de direito internacional por excelência – criadores dela e seus mais antigos clientes, albergados por uma perspectiva abstrata sobre a subjetividade internacional.

Do ponto de vista da perspectiva abstrata, a relevância do Caso Bernardotte para a doutrina do direito internacional também é inequívoca. Tendo-se em conta os mais recentes manuais de direito internacional de grande circulação em língua portuguesa, em língua

⁶⁷ “In other words, according to Kelsen, the substantive *content* of the law is a product of will – that is, the will of the persons possessing the authority to make law. On this point, Kelsen was an orthodox positivist. But he contended that the authority to make law is *not* a product of will. It is an emanation from the basic norm.” (NEFF, Stephen. *Justice among Nations: a History of International Law*. Cambridge/USA: Harvard University Press, 2014, p. 368).

inglesa, em língua espanhola e em língua francesa, consegue-se perceber que as definições sistematizadas pela Corte Internacional de Justiça nesse julgado são tomadas nos manuais como a primeira oportunidade em que um tribunal internacional propôs um conceito de sujeito de direito internacional que alberga atores para além dos Estados – o caso Bernardotte, assim, é visto como uma ruptura com relação a um paradigma exclusivamente estatalista, sem romper, porém, com a subjetividade dos Estados ou com a perspectiva abstrata.

Antonio Cassese, em seu *International Law*, provavelmente um dos mais didáticos manuais de direito internacional recentemente escritos, afirma que outros sujeitos além dos Estados e dos insurgentes ganharam status internacional somente no século XX, e, crescentemente após a Segunda Guerra Mundial. Diz, também, que as primeiras iniciativas nesse sentido, ligadas à questão da subjetividade de certas organizações internacionais, fora levantada em tribunais domésticos, mas que os critérios referentes à personalidade desses agentes somente seriam fixados na seara internacional no Caso Bernardotte⁶⁸ - é esse o caso a delimitar o conceito de subjetividade no direito internacional.

Hildebrando Accioly também faz menção ao Caso Bernardotte, ao invocá-lo como a situação na qual o conceito de subjetividade internacional foi delimitado por um tribunal internacional⁶⁹. Esse é também o caso de Ian Brownlie⁷⁰. Este autor também reforça que a capacidade de as organizações internacionais apresentarem reclamações foi “estabelecida pelo Parecer do caso *Reparações por Danos*”⁷¹.

Até mesmo Hersch Lauterpacht, que vê com grande otimismo algumas decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional, dá o braço a torcer e reconhece que a decisão no caso das Reparações é “the Advisory Opinion which affirmed the international personality of the United Nations and, in principle and in appropriate cases, of bodies other than sovereign States”⁷² em contraste com a caracterização do caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig somente como uma “first authoritative breach”⁷³.

⁶⁸ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª Ed. Oxford/UK: Oxford University Press, 2005, pp. 71 e 136-137.

⁶⁹ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. *Manual de Direito Internacional Público*. 14ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

⁷⁰ BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa/PT: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 71.

⁷¹ *Idem*, p. 72.

⁷² LAUTERPACHT, Hersch. *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge/UK: Cambridge University Press: 2010, p. 33.

⁷³ *Idem*, p. 27.

Atualmente, o influxo da perspectiva concreta é especialmente notável no campo da subjetividade de indivíduos⁷⁴. Contudo, é notável uma ênfase crescente sobre o elemento procedimental como prova da prática, diante de uma suposta banalização do reconhecimento de direitos e de deveres em instrumentos convencionais – tem-se, de um lado, que a inexistência de instâncias exclusivamente internacionais servia antes como óbice para o reconhecimento da subjetividade desses agentes, enquanto a criação dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos e do Tribunal Penal Internacional é comumente invocada como prova positiva no contexto atual.

Paradoxalmente, essa ênfase no elemento procedimental, no caso dos indivíduos, contrasta com o caso das organizações internacionais, as quais são consideradas quase à unanimidade sujeitos de direito internacional, não obstante muitas delas ainda dependam de acordos específicos para serem julgadas por instância internacional.

Assim, o relato mais comum da manualística atual sobre o desenvolvimento da subjetividade internacional na doutrina é tal que a opinião consultiva no Caso Bernardotte é tida como uma ruptura em relação a momentos anteriores, como um despertar de consciência que afasta um passado conservador em que só se falava de Estados. Essa narrativa deixa de lado as decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional e as discussões do entreguerras como parte relevante do relato histórico da matéria.

Nesse contexto, tentarei fornecer um relato estruturado sobre esse “passado esquecido”, expondo decisões relevantes da Corte Permanente de Justiça Internacional e reavivando os virtuosos debates teóricos sobre a subjetividade internacional durante o entreguerras, o que penso poder auxiliar-nos a superar o atual marasmo da manualística dominante – que abandonou as grandes perspectivas que pretendiam explicar a ordem internacional como um todo, mas que pouco se esforça para fornecer fórmulas coerentes em substituição.

Estudar os problemas do passado nos auxilia a perceber que não avançamos tanto assim. Muitas das incongruências entre a doutrina e a prática parecem não ter perdido sua

⁷⁴ A qual também contém significativos influxos de uma perspectiva abstrata, como é o caso das referências à humanização do direito internacional, que mudariam o marco do direito internacional geral – e que devem ser elogiadas, por, pelo menos, tentarem construir uma meganarrativa coerente do direito internacional. Veja, por exemplo: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 1039-1109.

importância no contexto atual, e, pior ainda, parece que nosso esforço é ainda menor para superá-las:

In an age championing new global actors, both individuals and organisations, who have been given a voice on the international scene, and in an age which also favours distinctive personality – the capacity to both speak up and be spoken to – international law scholars seem to avoid the use or redefinition of their traditional language (...) ⁷⁵.

Capítulo Segundo – Construindo o sistema internacional: a Corte acolhe o voluntarismo amplo e a perspectiva ortodoxa

A Corte Permanente de Justiça Internacional já nasceu atrelada à questão da personalidade internacional. Ainda por ocasião da redação do seu estatuto, um debate central abraçado pelo Comitê de Juristas foi a definição do alcance de sua jurisdição e de sua função no cenário internacional. No fim de sua gestação, a Corte já contava com grande legado desses debates para compreender como ela se relacionaria com outros agentes internacionais.

O memorando encaminhado ao Comitê de Juristas, que viria a orientar seus debates, incluía como um dos pontos chave a serem definidos no estatuto a questão da competência da Corte para receber reclamações postas por indivíduos ⁷⁶. A Seção Jurídica do Secretariado da Liga das Nações resumiu as principais opções abertas ao Comitê, que poderiam ir desde o exemplo da Corte Centro-Americana de Justiça, na qual o acesso dos indivíduos era amplo; passando pela proposta sueca, a qual fazia referência expressa à possibilidade de um Estado demandar outro Estado em nome de seus nacionais; e pela proposta alemã, na qual a jurisdição da Corte para queixas individuais seria residual, diante de negativa de competência dos tribunais internos; até o exemplo do Tribunal Arbitral da Haia, criado em 1907, no qual a jurisdição foi, após fervorosos debates, restrita a Estados.

⁷⁵ NIJMAN, Janne Elisabeth. *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*. A Haia/HOL: T.M.C. Asser Press, 2004, p. 4.

⁷⁶ League of Nations. Memorandum presented by the Legal Section of the Permanent Secretariat of the League of Nations. Em: Permanent Court of International Justice. *Advisory Committee of Jurists, Documents presented to the Committee relating to existing plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice*. 1920, PCIJ Series D, at 26-31. Disponível em: www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf Último acesso em: 25.11.2014.

Este tribunal, aliás serviu de exemplo para boa parte das discussões sobre o papel da Corte Permanente de Justiça Internacional - considerava-se que a questão de se definir a composição e a jurisdição da Corte eram tarefas prioritárias, a fim de não se repetir os insucessos de 1907, quando vários desses pontos foram deixados em aberto e frustraram as negociações⁷⁷.

O acesso individual entrou na pauta das reuniões do Comitê de Juristas, o qual, entre 16 de junho e 24 de julho de 1920, convencionou o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Tratou-se, inclusive, de um dos primeiros pontos do questionário formulado pelo Presidente da Comissão, Barão Descamps, cuja discussão ocorreu na manhã do dia 25 de junho de 1920, na IX Sessão do Comitê⁷⁸.

O primeiro a responder à questão foi Minéitciro Adaitci, representante japonês e futuro membro da Corte. Ele considerou que, embora a proteção de minorias fosse um objetivo central na organização política do pós-guerra, a solução à qual se chegara na Conferência de Paz de Paris era tal que a responsabilidade pela proteção desses indivíduos caberia aos Estados. Esse sistema teria a vantagem de limitar o número de demandas à Corte, diferentemente de uma hipótese em que houvesse o acesso direto.

Barão Descamps, Rafael Altamira, e Francis Hagerup apontaram para a proteção diplomática como prova da suficiência da jurisdição exclusiva para queixas de Estados – Estados também poderiam defender interesses de particulares. O último, porém, consignou que isso não esgotava a questão de quem poderia acessar a Corte, como o precedente do Tribunal Internacional de Presas Marítimas deixava claro.

Albert de Lapradelle afirmou que talvez fosse interessante autorizar demandas individuais somente no caso de denegação de justiça, o que ocorreria em certos sistemas em que o Estado conta com o privilégio de soberania até em suas relações contratuais com cidadãos estrangeiros. Bernard Loder acrescentou que essa opção era viável nos termos do Pacto da Liga das Nações, o qual estabelecia o mandato à Corte Internacional de Justiça de

⁷⁷ ROSENNE, Shabtai. *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007, p. 28.

⁷⁸ As transcrições das discussões a seguir apresentadas estão organizadas em: Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists. *Procès-Verbaux of the Proceedings (June 16th-July 24th 1920)*. A Haia/HOL: Van Langenhuisen Brothers: 1920, pp. 205-217. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie/D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf Último acesso em 29.11.2014.

julgar casos entre partes, com inicial minúscula, e não entre Partes, com inicial maiúscula, o que afastaria a intenção presumida de restringi-las a Estados. Além disso:

He pointed out that after the creation of the League of Nations circumstances were not the same as before. The sovereignty of the States had been used to prevent private individuals from taking action against them. Once an institution like the Permanent Court of International Justice was established, no such obstacles could exist. It had been said that if the competence of the Court were extended to cases of individuals, too large a number of cases would result. M. Loder disregarded this objection.⁷⁹

Lorde Phillimore foi o primeiro a invocar a concepção tradicional do direito internacional, com base na qual afirmou que casos deveriam sempre ser interestatais. A questão da denegação de justiça, tal qual levantada por Alfred de Lapradelle e Bernard Loder, seria uma questão estritamente interna – caberia a cada Estado definir se indivíduos poderiam ou não processá-lo em seus tribunais. Tratado internacional não poderia garantir o acesso direto em substituição ao direito interno. O direito internacional, aliás, já teria um instrumento adequado para lidar com esses casos – a proteção diplomática.

Elihu Root concordou com a opinião do representante inglês – para ele, um tribunal internacional teria por essência tratar somente de divergências entre Estados. Além disso, uma razão pragmática desautorizava a proposta de Alfred de Lapradelle, pois muitos Estados não concordariam com a possibilidade de serem demandados por indivíduos, o que poderia afetar a aceitação ampla do estatuto. Outrossim, a possibilidade de indivíduos demandarem Estados diretamente após a denegação de justiça levaria à supressão da fase de negociações diplomáticas, na qual a grande maioria das controvérsias interestatais eram resolvidas – e com isso, os indivíduos poderiam mais até do que seus governos, quando estes tomassem para si a proteção do direito individual.

Arturo Ricci-Busatti foi ainda mais além na afirmação da competência exclusiva para queixas de Estados. Para ele, por própria definição, somente seriam internacionalizados os conflitos interestatais, e a Corte, caso exercesse jurisdição sobre indivíduos, estaria aplicando algo que não o direito internacional, o que seria contrário a seu próprio mandato:

It is impossible to put States and private individuals on the same footing; private individuals are not subjects of international law and it is entirely within the realm

⁷⁹ *Idem*, p. 206.

of that law that the Court is called upon to act. (...) To bring a dispute between a State and a private citizen of another State within the domain of the International Court, the State of the private individual must consider itself injured through the rights and interests of its subject; thus it “internationalises” the conflict⁸⁰.

O Presidente confirmou a posição de Lorde Phillimore, Elihu Root e Arturo Ricci-Busatti quanto a somente Estados poderem solucionar suas controvérsias em um tribunal internacional. Quando um nacional vê seus direitos serem violados por Estado estrangeiro, cabe a ele informar seu Estado, o qual deverá tomar, inicialmente, medidas diplomáticas para tentar resolver a controvérsia, podendo depois acessar a Corte. A proposta de Albert de Lapradelle e de Bernard Loder, assim, lidaria com questões da atribuição do direito interno:

The real object of the law of nations, of *jus inter gentes*, is the relation of State to State considered as sovereign groups, and, as such, Members of the League of Nations. The conditions of subjects of each State in another country, the co-ordination of public and private law of each State with that of the other nations, these are concerns of nations in their mutual relations, but these questions enter only indirectly into the realm of the law of nations⁸¹.

Albert de Lapradelle, incorporando os argumentos de Bernard Loder, voltou a defender a tese do acesso individual. A criação da Liga das Nações teria alterado a conjuntura internacional, e a Corte Permanente de Justiça Internacional deveria seguir a mudança, criando uma Câmara Especial para julgar aqueles casos em que o exercício da proteção diplomática fosse bastante improvável, para não deixar indivíduos desamparados. Em sua opinião esses casos limítrofes se restringiam a duas hipóteses: (i) casos de dupla nacionalidade e (ii) casos em que indivíduos mantivessem relações comerciais com Estados estrangeiros nos quais a violação não afetasse a soberania de seu país. No segundo caso, esse direito seria ainda mais claro por haver uma certa igualdade e horizontalidade entre o indivíduo e o Estado em suas relações civis, alheias a imposições soberanas. Além disso, ele considerava que a Corte deveria debater adequadamente o procedimento de proteção diplomática, pois vários dos indivíduos cujas reclamações foram assumidas por seus Estados desejavam também ser ouvidos ao longo do processo – quanto a essa ideia, ele somente contou com o apoio expresso de Francis Hagerup, que julgou viável a possibilidade de o

⁸⁰ *Idem*, p. 208.

⁸¹ *Idem*, p. 209.

indivíduo poder formular pleitos diretamente à Corte ao lado de seu Estado, o que já estaria, segundo Hagerup, previsto na prática arbitral em geral.

O Presidente considerou que ambos os casos invocados por Albert de Lapradelle seriam projeções da ordem interna do Estado para o exterior (extraterritorialidade), e que exigiriam um acordo específico dos Estados para serem submetidos a um tribunal, com características arbitrais, e não de jurisdição internacional. Uma solução não poderia ser imposta, por inexistir obrigação internacional específica, mas somente concertada.

Lorde Phillimore voltou a afirmar que a proteção diplomática era a forma efetiva e prática de proteção de direitos individuais perante a Corte – em sua opinião, se Albert de Lapradelle se satisfizesse com esse mecanismo, a discussão avançaria com muito mais presteza, só contando com a oposição de Bernard Loder. Para desconstruir as duas hipóteses de acesso individual, ele argumentou que ambas estariam conectadas à aplicação do direito doméstico, e que a Corte Internacional não poderia agir como um tribunal de apelação sobre os tribunais internos. Por fim, caso se garantisse acesso direto nos casos em que indivíduos pudessem processar Estados estrangeiros por denegação de justiça, isso os diferenciaria em relação a situações idênticas que acontecessem com os nacionais daquele mesmo Estado, o que não lhe parecia razoável.

Arturo Ricci-Busatti ecoou as opiniões de Lorde Phillimore, mas acrescentou que as duas questões poderiam vir a ser futuramente internacionalizadas, caso tratados ou costumes de direito internacional levassem à harmonização posterior de questões de nacionalidade e de denegação de justiça, o que já se esboçara na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado de 1893. Ainda assim, o Estado seria o exclusivo *dominus litis* na Corte, e indivíduos não teriam *locus standi* sequer para se manifestarem nos casos de proteção diplomática.

Raul Fernandes, que substituíra o jurista brasileiro originalmente designado, Clóvis Beviláqua, deu seu apoio às manifestações iniciais de Lorde Phillimore e de Elihu Root: somente Estados poderiam acessar a Corte Permanente de Justiça Internacional, pois somente eles teriam personalidade jurídica no contexto do direito internacional. Além disso, as propostas de Albert de Lapradelle e de Bernard Loder seriam desnecessárias diante da possibilidade de um Estado agir como o melhor advogado de questões de seus nacionais por meio da proteção diplomática – argumento esse que se aproximava do giro do “humanismo ortodoxo”:

In his opinion, the clause which conferred only on States access to the International Court of Justice, - agreeing completely with legal logic, since States alone constituted legal persons in international matters, - covers nevertheless all cases which may be considered as coming within the competence of the Court, including those to which Messrs. de Lapradelle and Loder alluded. As a matter of fact, infractions by a State on individual rights in respect to a foreigner now constitute the object of diplomatic claims. The State of which the injured person is a subject takes up the cause for him. This changes the private question into an international one. In this way the State makes itself the plaintiff and the question may be taken before the Court. By this fact the important interests considered by Messrs. de Lapradelle and Loder shall obtain legal protection, without changing the real character of the international tribunal⁸².

Diante das manifestações anteriores, e tendo em conta a posição isolada de Albert de Lapradelle e de Bernard Loder, o Presidente decantou-se pela competência exclusiva da Corte para reclamações movidas por Estados, consolidando o Estado como o único *dominus litis*. Em sua proposta de sistematização, a competência seria dividida em duas cláusulas: casos nos quais os Estados agiriam em nome e em direito próprio e casos nos quais os Estados tomariam para si a causa de particulares. O texto a que ele chegou, em língua francesa, foi:

La Cour connaît de litiges entre États.

Nulle réclamation d'un particulier contre un État étranger ne peut venir devant la Cour que si un Etat prend fait et cause pour ses nationaux ou pour d'autres personnes dont la protection lui appartient en droit⁸³.

A intervenção final de Arturo Ricci-Busatti, por sua vez, traria importante mudança no texto adotado pelo Comitê de Juristas. Segundo ele, a fórmula adotada no segundo parágrafo seria desnecessária e, mais ainda, incorreta. Um Estado, ao representar interesses de indivíduos que estão a ele submetidos, está afirmando um direito próprio, e não direito alheio.

M. RICCI-BUSATTI thought it not necessary to insist too much on the difference between a State's interests and an individual's interests which the State had

⁸² *Idem*, p. 215.

⁸³ No projeto revisado do Comitê de Redação, de 19 de julho de 1920, constam as várias versões propostas pelo Presidente (*Idem*, p. 603).

adopted as its own. In reality, a State would always be upholding its own right, the right that its subjects shall not be unjustly injured by another State⁸⁴.

Ao fim da discussão, a Comissão suprimiu o segundo parágrafo proposto pelo Presidente, considerando que a referência aos direitos de indivíduos seria desnecessária, com referência aos argumentos do representante italiano. Assim, a redação final constante no Relatório de Encerramento do Comitê de Juristas⁸⁵, limitou-se a dispor que: “The Court shall have jurisdiction to hear and determine suits between States”⁸⁶.

Assim, embora várias concepções tenham sido invocadas nas discussões do Comitê de Juristas sobre a personalidade internacional, a maioria dos membros⁸⁷ inclinou-se pela adoção da perspectiva ortodoxa – os Estados seriam os únicos sujeitos de direito internacional – e, assim, os únicos capazes de iniciar demandas internacionais.

Hersch Lauterpacht é extremamente crítico quanto às deliberações do Comitê de Juristas, as quais teriam imbuído na Corte, desde sua criação, uma visão ortodoxa do sistema internacional. A Corte estaria predestinada a perpetuar o direito internacional como o direito das nações:

The discussions in the Committee of Jurists who drafted the Statute of the Court in 1920 showed how strongly the adoption of Article 34 was influenced by the dogma that States only can be subjects of international law. (...) [A]n abstract, dogmatic and – upon analysis – inaccurate rule such as that individuals are not

⁸⁴ *Idem*, p. 216.

⁸⁵ Adotado após a 34ª Reunião do Comitê de Juristas, de 24 de julho de 1920 (*Idem*, p. 689).

⁸⁶ *Idem*, p. 724. Na redação definitiva do Estatuto da Liga das Nações, esse artigo teve nova redação, ficando assim consolidado: “Article 34. Only States or Members of the League of Nations can be parties in cases before the Court”. O acréscimo da expressão “Members of the League of Nations” ocorreu durante as discussões no Conselho da Liga das Nações, e teve por intenção incluir os Domínios Britânicos (e não as colônias britânicas), que eram membros da Liga das Nações e tinham grande grau de autonomia, mas ainda não eram considerados formalmente Estados (Permanent Court of International Justice. *Documents Concerning the Action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court.*, PCIJ Series D, at 193. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf Último acesso em 29.11.2014).

⁸⁷ Recapitulando, Barão Descamps, Raul Fernandes, Lorde Phillimore, Arturo Ricci-Busatti e Elihu Root (cinco dos dez membros) afirmaram expressamente a condição do Estado como sujeito exclusivo de direito internacional. Considero que também a manifestação de Rafael Altamira, embora de maneira não conclusiva, indica seu apoio a essa concepção, ao concordar com a solução “humanista ortodoxa” – sua postura acadêmica em favor de uma perspectiva que se proclamava “humanista moderada” [vide GAMARRA, Yolanda. Rafael Altamira, un historiador del derecho en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1921 – 1939). Sevilla/ESP: *Revista Internacional de Pensamiento Político*, época 1, vol. 6, 2011, p. 324] parece corroborar essa hipótese. Os únicos membros a se oporem expressamente contra essa concepção foram Albert de Lapradelle e Bernard Loder.

subjects of the law of nations and that it would be contrary to the very structure of international law to confer upon them a procedural capacity in that sphere⁸⁸.

Como veremos a seguir, a Corte, já em algumas de suas primeiras decisões, parece satisfazer sua vocação: em um conjunto de quatro casos, é desenhada uma grande narrativa da ortodoxia no direito internacional.

O caso Wimbledon

O caso Wimbledon é provavelmente mais conhecido por se tratar do primeiro caso em que a Corte exerceu sua jurisdição contenciosa do que pelos temas nele abordados.

Os fatos que embasam o pleito são bastante simples. Em 21 de março de 1921, um vapor inglês, o S.S. Wimbledon, fretado por uma empresa francesa, os “Affréteurs Réunis”, e carregado de munições a serem entregues para o governo polonês, então envolvido na guerra polaco-soviética, foi proibido de utilizar o Canal de Kiel – o que encurtaria seu caminho para alcançar o porto de Danzig, pois não necessitaria contornar o território dinamarquês para alcançar o Mar Báltico.

Dois dias depois do episódio, o embaixador francês em Berlim pediu explicações quanto às razões da recusa, tendo em vista que a Alemanha estaria obrigada pelo Tratado de Versalhes a garantir passagem pelo Canal de Kiel a todos os navios comerciais e de guerra de nações com as quais ela não estivesse em guerra. Ele foi informado de que o governo alemão tomara tal medida diante de sua neutralidade no conflito polaco-soviético – caso permitisse a passagem de um navio carregado de munições pelo Canal de Kiel, que cruzava o território alemão, a Alemanha estaria violando os termos de sua neutralidade.

As tentativas de se alcançar uma solução negociada entre as partes não chegaram a nenhum resultado. Depois de onze dias de espera, a empresa francesa determinou que o navio alterasse sua rota e contornasse a Dinamarca, o que fez com que o tempo de viagem se estendesse em dois dias em relação ao período inicialmente estimado.

A Conferência de Embaixadores, responsável por dar execução às disposições do Tratado de Versalhes (e dos outros tratados de paz) tomou a questão para seu exame, mas não

⁸⁸ LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. Londres/UK: Stevens and Sons Limited, 1950, pp. 59-60.

alcançou nenhuma solução. Por sugestão do governo alemão, o caso foi submetido à Corte Permanente de Justiça Internacional, com base no artigo 386 do Tratado de Versalhes, em 16 de janeiro de 1923. Na petição assinada por representantes da França, da Inglaterra, da Itália e do Japão⁸⁹, solicitava-se: (i) a declaração de que o governo alemão havia violado o artigo 380 do Tratado de Versalhes e (ii) o depósito de indenização junto ao governo francês por prejuízos causados a seus nacionais. A Polônia, em petição de 22 de maio do mesmo ano, solicitou sua intervenção ao lado dos signatários.

Em sua *contre-mémoire*, o governo alemão suscitou a ilegitimidade ativa da Itália, da Inglaterra e do Japão, visto que o objeto litigioso se restringiria a uma disputa entre a França e a Alemanha⁹⁰.

A decisão da Corte, de início, consolida uma concepção bastante ampla da noção de interesse, para concluir que todos os pleiteantes tinham legitimidade ativa. Embora somente a França tivesse sofrido prejuízos entre os quatro autores, como a defesa alemã corretamente afirmara, a Corte considerou que esse elemento era prescindível para que houvesse interesse por parte de cada um deles:

[E]ach of the four Applicant Powers has a clear interest in the execution of the provisions relating to the Kiel Canal, since they all possess fleets and merchant vessels flying their respective flags. They are therefore, even though they may be unable to adduce a prejudice to any pecuniary interest, covered by the terms of Article 386, Paragraph I of which is as follows:

"In the event of violation of any of the conditions of Articles 380 to 386, or of disputes as to the interpretation of these articles, any interested Power can appeal to the jurisdiction instituted for the purpose by the League of Nations."⁹¹

A primeira referência feita pela Corte, de que a existência de frotas dos demais autores na mesma região justificaria seu interesse na causa, é bastante abstrusa. Afinal, trata-se de interesse meramente indireto em solucionar a questão especificamente posta diante da Corte, qual seja, a legalidade da atuação alemã em relação à retenção do vapor S.S.

⁸⁹ Os signatários da petição são exatamente os países com assento na Conferência de Embaixadores – as quatro potências aliadas. Os Estados Unidos, que, durante a guerra, insistiam em qualificar-se como Membro-Associado do Conselho Supremo de Guerra, após a conversão deste na Conferência de Embaixadores, tornaram-se observador do novo órgão.

⁹⁰ *Contre-Mémoire, presented by the German Government to the Permanent Court of International Justice in the "Wimbledon" Case*. PCIJ Series C, no. 03/4, at 42.

⁹¹ *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 20.

Wimbledon. Além disso, a Corte não invoca nenhum dos elementos constantes nos autos para corroborar sua versão quanto à existência dessas frotas.

De modo a salvar a infeliz afirmação da Corte, pode-se optar, na esteira de outros autores, por dar preeminência à segunda parte da justificativa, considerando-se a primeira parte uma simples ilustração (ou *obiter dictum*) feita pelo tribunal. O artigo 386 do Tratado de Versalhes teria instituído um interesse compartilhado por todos os seus signatários em que o regime convencional do Canal de Kiel, previsto nos artigos antecedentes, fosse respeitado – tratar-se-ia, assim, de um interesse coletivizado por um tratado⁹².

Essa versão parece se coadunar com a forma com a qual a Corte enfrentou o caso – na maior parte como um caso de interpretação e não como um caso de aplicação em concreto⁹³. É nesse contexto que as conclusões a que a Corte chega não somente dizem respeito a hipóteses similares àquela que ocorreu com o caso Wimbledon, como também a casos muitos diversos – trata-se de afirmações gerais sobre as hipóteses de incidência do artigo 380 do Tratado de Versalhes. A questão da interpretação desse artigo, que era um interesse compartilhado entre todos os signatários do instrumento, foi o principal ponto debatido pela Corte na decisão.

Ao fim e ao cabo, melhor seria se a Corte tivesse se limitado a repetir a singela justificativa que deu na decisão de 28 de junho de 1923, na qual reconheceu que a Polônia poderia intervir no processo, por ter claro interesse na causa:

It will suffice for the Court to note that in this case the interpretation of certain clauses of the Treaty of Versailles is involved in the suit and that the Polish Republic is one of the States which are parties to this treaty⁹⁴.

⁹² GOWLLAND-DEBBAS, Vera. Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community. In: MULLER, Alexander Samuel; RAIČ, David; THURÁNSZKY, Johanna. *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*. A Haia/HOL: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 359-360. A interpretação da autora parece encontrar eco na estratégia adotada pelo tribunal em decisão posterior, na qual se afirma o interesse de agir pela simples condição de Estado-parte, independentemente de prejuízos imediatos: *Customs Regime between Germany and Austria*. 1931, PCIJ Series A/B, Nº 41, at 48-49.

⁹³ Assim, a Corte faz referência à defesa de mérito alemã como uma interpretação restritiva do art. 380 do Tratado de Versalhes e à posição dos autores como uma interpretação textual desse dispositivo. De mais a mais, é sugestivo que Ole Spiermann, em sua grande obra sobre a Corte Permanente de Justiça Internacional, inicie seu relato do caso Wimbledon com a alcunha de “The Case of a Clear Text”. SPIERMANN, Ole. *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: the Rise of the International Judiciary*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2010, p. 175.

⁹⁴ *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 28 June 1923 – Question of Intervention by Poland). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 13.

Passando ao mérito da decisão, que é o que mais me interessa na análise de caso, tem-se como ponto de partida o artigo 380 do Tratado de Versalhes, cuja redação em inglês é: “Article 380. The Kiel Canal and its approaches shall be maintained free and open to the vessels of commerce and of war of all nations at peace with Germany on terms of entire equality”.

Os argumentos entre os quais a Corte teve de se posicionar foram os seguintes: (i) segundo os autores, os termos do dispositivo eram claros e deveriam ser interpretados seguindo seu significado natural, qual fosse, somente permitir que a Alemanha fechasse o estreito àquelas nações que estivessem em guerra com ela; (ii) segundo a ré, a prerrogativa soberana de declarar guerra ou de se declarar neutra, com as específicas consequências que cada um desses estatutos trazia, não poderia ser precluída pelo tratado, que teria de ser interpretado restritivamente.

A decisão da Corte inclinou-se pelo primeiro sentido, e os votos dissidentes de três juízes pelo segundo. Na opinião majoritária, os termos do tratado eram categóricos e não traziam nenhuma dúvida⁹⁵ quanto à obrigação da Alemanha de não fechar o Canal de Kiel a Estados neutros – com os quais, afinal, ela também não estava em guerra. Essa foi a principal divergência em relação aos votos dissidentes de Dionisio Anzilotti e de Max Huber, que consideravam que os termos da cláusula não levariam à mesma conclusão, pois a situação de neutralidade não se confundiria com a situação de “estar em paz” – esta seria ordinária, enquanto aquela seria extraordinária, e o tratado somente teria por finalidade disciplinar as obrigações em tempos de normalidade⁹⁶.

Foi a partir da finalidade do tratado, por sinal, que a Corte Permanente de Justiça Internacional começou a construir uma justificativa mais robusta para a decisão, para ir além de reiterar que a linguagem do texto seria clara. O Tratado de Versalhes, ao dedicar seção específica ao Canal de Kiel, pretendia criar uma via aquática internacionalizada de entrada para o Mar Báltico em benefício indistinto de todas as nações do mundo⁹⁷ - com isso, teria sido instituído um regime internacionalizado sobre o Canal de Kiel, diferentemente da situação das hidrovias internas alemãs. Com esse regime internacionalizado, instituído por cláusulas contratuais aceitas pela Alemanha, embora a soberania desse Estado fosse mantida

⁹⁵ *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 22.

⁹⁶ *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923 – Dissenting Opinion by MM. Anzilotti and Huber). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 38.

⁹⁷ *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 22-23.

sobre o canal, o exercício de alguns de seus direitos soberanos estaria legitimamente limitado.⁹⁸

A Corte, contudo, não se limita a afirmar que certas prerrogativas soberanas podem ser restringidas por meio de um compromisso com outras nações. Caso somente o fizesse, poderia deixar sem resposta a posição alemã, reiterada no voto do Juiz Walther Schücking⁹⁹ e no voto de conjunto de Dionisio Anzilotti e de Max Huber¹⁰⁰, segundo a qual as prerrogativas soberanas, como a declaração de neutralidade, teriam um status superior, exigindo que os instrumentos convencionais a elas se adequassem. A solução adotada pela Corte é claramente contrária a essa hierarquia. Quando um Estado se obriga a fazer algo por meio de um compromisso internacional, ele também está exercendo um atributo de sua soberania:

The argument has also been advanced that the general grant of a right of passage to vessels of all nationalities through the Kiel Canal cannot deprive Germany of the exercise of her rights as a neutral power in time of war, (...) a personal and imprescriptible right, which forms an essential part of her sovereignty and which she neither could nor intended to renounce by anticipation. (...)

The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty¹⁰¹.

Assim, já em sua primeira decisão, a Corte endossa abertamente uma concepção voluntarista em detrimento de uma concepção estritamente soberanista – quando um Estado

⁹⁸ *Idem*, at 24. A Corte também faz um extenso exame comparado da disciplina do Canal de Kiel com aquela dos Canais de Suez e do Panamá, para concluir que o regime das vias navegáveis internacionais é tal que, ainda quando elas se situem em territórios administrados por Estados específicos, estes somente podem obstar a passagem de navios de guerra e de navios comerciais quando estejam em guerra. A conclusão de que a situação de neutralidade não deveria justificar a proibição de passagem de navios estrangeiros parece logicamente irreparável: tomando por exemplo o caso alemão, a proibição de passagem de carga de interesse polonês se assemelharia a uma neutralidade imperfeita, por prejudicar o esforço de guerra de um combatente.

⁹⁹ Segundo o Juiz Walther Schücking: “neutral duties must take precedence over any contractual obligations”. *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923 – Dissenting Opinion by M. Schücking). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 47.

¹⁰⁰ Segundo os Juizes Dionisio Anzilotti e Max Huber: “The right of a State to adopt the course which it considers best suited to the exigencies of its security (...) is so essential a right that, in case of doubt, treaty stipulations cannot be interpreted as limiting it”. *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923 – Dissenting Opinion by MM. Anzilotti and Huber). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 37.

¹⁰¹ *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 25.

se compromete em fazer algo, ainda que se trate de atividade que se insere em suas prerrogativas soberanas, ele não está abrindo mão de sua soberania, mas somente exercendo sua soberania de entrar em acordos internacionais. Assim, nada obsta que os próprios Estados possam, por vontade própria, limitar suas prerrogativas soberanas.

Poucos podem criticar a opção da Corte em dar prevalência ao conceito de vontade em detrimento de uma leitura constritora da soberania – uma leitura estritamente soberanista poderia parecia contrária ao contexto de então, em que se tentava consolidar a cooperação internacional por meio de um sistema de tratados. Afirmar que acordos poderiam deixar de ser cumpridos diante de prerrogativas dos próprios Estados poderia implodir a importância do direito internacional e a relevância do tribunal recém-constituído. Assim, a solução da Corte é construir a soberania como um feixe de direitos, os quais são titularizados pelos Estados na esfera internacional, e que deles não se desligam, mas que podem deixar de ser aplicados pela própria vontade de seus detentores.

Segundo Jan Klabbers, a Corte Permanente de Justiça Internacional, no caso Wimbledon, aproveitou-se de um momento favorável para se pronunciar com autoridade e para consolidar o direito internacional como um sistema coerente de normas vinculantes entre Estados. O caso Wimbledon resolveu o “dilema da soberania”, assegurando a possibilidade de que o direito internacional fosse imperativo sobre os Estados, mediante (i) a segmentação da soberania em atributos de soberania e (ii) a inclusão do exercício da vontade entre esses atributos. Nessa dialética, alcançou a famosa fórmula sintética: a criação de normas internacionais vinculantes não contradiz, mas afirma a soberania dos Estados, pois a possibilidade de entrar em acordos internacionais é precisamente um atributo soberano. Essa interpretação “fez da necessidade virtude”: a soberania, antes invocada em alguns casos como exceção contra a incidência do direito internacional, possui agora formulação prática que permite seja afirmada como guia-mestra da produção normativa internacional¹⁰².

¹⁰² Vide KLABBERS, Jan. Clinching the concept of sovereignty: Wimbledon redux. Viena/AUS: *Austrian Review of International and European Law (ARIEL)*, vol. 3, no. 3, 1998, pp. 345-367. Segundo Jan Klabbers, o momento favorável também decorreria do fato de a solução ao “dilema da soberania” ter fundamentação também nos argumentos da defesa - afinal, é a peça alemã que divide a soberania em atributos. “The way-out was offered, ironically, by Mr. Schiffer, Germany’s agent, and on a silver plate at that. Mr. Schiffer, desperate to argue that neutrality and sovereignty were inextricably tied together, was the first to make the distinction, however inadvertently perhaps, between sovereignty as an abstract phenomenon, and its practical consequences, when claiming that ‘neutrality is one of the essential attributes of sovereignty’. It was this point that the Court would seize upon, and create what David Kennedy has referred to as ‘the relative sovereignty of the twentieth century, disaggregated into a bundle of rights to be parceled out among various actors’.” Para uma posição contrária, no sentido de que a Corte não deu peso suficiente às normas costumeiras ligadas ao conteúdo

A solução do caso Wimbledon, com a fragmentação e a relativização da soberania, faz com que esse elemento não mais seja um elemento de distúrbio nas relações entre Estados, consolidando-a simultaneamente como a base das relações internas e internacionais:

In view of the foregoing, it would be difficult to support the thesis that in the light of the PCIJ's decisions sovereignty, being the main determinant of the legal status of States, is a destructive factor in the community of States. The Court did not see a discrepancy between sovereignty and law. According to the Court, a sovereign State may be a law-abiding subject of the international legal order.¹⁰³

O caso dos Decretos de Nacionalidade da Tunísia e do Marrocos (também conhecido como o caso dos Decretos de Nacionalidade)

Embora o caso dos Decretos de Nacionalidade tenha antedatado o caso Wimbledon em seis meses, é mais fácil abordá-lo depois de seu sucessor, pois a posição assertiva que a Corte assumiu no último auxilia a esclarecer as afirmações relutantes feitas no primeiro¹⁰⁴.

A controvérsia surgiu do fato de decretos de nacionalidade terem sido expedidos pelo Bei de Túnis e pelo Sultão do Marrocos, e confirmados por decretos franceses, os quais garantiam as nacionalidades tunisina e marroquina a todos que fossem nascidos nos protetorados franceses, cujo pai ou mãe também tivesse lá nascido, ressalvando-se, somente, os cidadãos da potência protetora.

O governo britânico protestou contra essa medida, pois alguns de seus cidadãos, diferentemente dos franceses, adquiririam a cidadania tunisina ou marroquina. Uma vez considerados cidadãos do protetorado, esses indivíduos perderiam o regime especial de direitos com que contavam os cidadãos estrangeiros. O sistema de capitulações fora instituído por acordo assinado entre o Reino-Unido e o Bei de Túnis em 1875, que determinava que questões entre nacionais ingleses deveriam ser de competência exclusiva dos tribunais ingleses e que questões que envolvessem nacional inglês e súdito estrangeiro deveriam ser

mínimo da soberania, ver: WEINBERGER, Sheila. The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts Between Conventional and Customary International Law. Atlanta/EUA: *Emory International Law Review*, vol. 10, 1996, pp. 397-440.

¹⁰³ KWIECIEŃ, Roman. The Permanent Court of International Justice and the Constitutional Dimension of International Law: From Expectations to Reality. In: TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 375.

¹⁰⁴ Idem, pp. 350-351.

decididas pelo próprio Bei, com o aval do Cônsul inglês, e por acordo de 1856 entre a Rainha e o Sultão do Marrocos, que definia garantias semelhantes¹⁰⁵. Outro problema vislumbrado pelo agente inglês era que poderiam surgir dúvidas quanto aos portadores de dupla nacionalidade também poderem ser alistados junto ao contingente francês e, inclusive, serem obrigados a prestar serviço militar obrigatório¹⁰⁶. Esses tratados desiguais teriam sido reconhecidos pela França quando do estabelecimento do protetorado, o que, desde o início, restringia a soberania francesa de legislar sobre a nacionalidade de súditos estrangeiros no contexto de seu protetorado.

Além disso, quanto ao caso específico dos decretos tunisinos, o governo inglês afirmava que, como a França havia resguardado os direitos de nacionais italianos no protetorado, inclusive no que dizia respeito à nacionalidade, esse direito deveria ser estendido à Inglaterra em razão do Tratado Anglo-Francês relativo a Túnis de 1897¹⁰⁷, que estabelecia a cláusula da nação mais favorecida¹⁰⁸.

O governo francês defendia que o direito de conceder nacionalidade a todos os cidadãos nascidos no próprio território era um direito soberano, o qual não poderia ser submetido a exame de tribunal internacional. Esse também seria o caso de protetorados, nos quais a prerrogativa seria compartilhada entre a potência defensora e o protetorado, com o assentimento das potências estrangeiras. É a defesa de Raymond Poincaré, ex-Presidente francês:

The French Government has, conjointly with the Sultan, the sovereign right to legislate upon the nationality of descendants of foreigners, in virtue of their birth within the territory, directly the foreign Powers which claimed them have, by accepting the Protectorate, renounced all right to the continuance of their *privileges jurisdictionnels* and (...) that no application of this sovereign right could be submitted to arbitration.¹⁰⁹

¹⁰⁵ *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco - Case of the British Government*, PCIJ Series C, no. 02, at 38-40, 51-54.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 58.

¹⁰⁷ Para o texto, ver o Apêndice VIII, páginas 95-98.

¹⁰⁸ *Idem*, pp. 61-62.

¹⁰⁹ *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco*. 1923, PCIJ Series B, no. 4, at 19.

Quanto à aplicação da cláusula da nação mais favorecida, a defesa francesa afirmou que se tratava de cláusula de cunho meramente comercial, que não poderia ser interpretada extensivamente contrariando o direito exclusivo de nacionalidade¹¹⁰. É o texto da cláusula:

Moreover, the treatment of the most favoured nation, which is secured on either side by the aforementioned treaties and conventions, and the reciprocal enjoyment of the lowest customs tariff are guaranteed to the United Kingdom of Great Britain and Ireland in the Regency of Tunis and to the Regency of Tunis in the United Kingdom for a period of forty years from the date of the exchange of ratifications of the present agreement.

All merchandise and all manufactured goods, the produce of the United Kingdom, imported into the Regency of Tunis, either directly or, after transshipment at Malta, shall enjoy the advantages conceded by the present article.

It is further understood that the treatment of the most favoured nation in the Regency of Tunis does not comprise the treatment enjoyed by France¹¹¹.

A posição francesa, desde seu início, inviabilizou que a questão fosse submetida a arbitragem ou a decisão judicial. O agente nacional considerava que o direito de nacionalidade era questão de domínio reservado dos Estados, alheia, portanto, ao direito internacional – com isso, não seria possível o recurso ao Artigo 13 do Pacto da Liga das Nações, o qual dispunha sobre a solução de controvérsias internacionais.

Com base no Artigo 15 do Pacto, que permitia fosse referida ao Conselho da Liga “any dispute likely to lead to a rupture, which is not submitted to arbitration or judicial settlement in accordance with Article 13”, o governo inglês encaminhou a questão ao conhecimento desse órgão em agosto de 1922. Embora o governo francês discordasse da qualificação do fato como uma controvérsia que pudesse gerar ruptura entre nações¹¹², não se opôs a que o tema fosse trazido à ordem do dia. Entretanto, assim que a questão foi posta em discussão, o governo francês invocou questão prejudicial quanto à possibilidade de o Conselho recomendar qualquer conduta, com base no parágrafo oitavo desse mesmo artigo, assim redigido:

¹¹⁰ *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco – Counter-case of the French Government*, PCIJ Series C, no. 02, at 243-244.

¹¹¹ *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco - Case of the British Government* (Apêndice VIII), PCIJ Series C, no. 02, at 96.

¹¹² *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco – Documents of the Written Proceedings*, PCIJ Series C, no. 02, at 1.

Article 15. (...) If the dispute between the parties is claimed by one of them, and is found by the Council, to arise out of a matter which by international law is solely within the domestic jurisdiction of that party, the Council shall so report, and shall make no recommendation as to its settlement.

Em havendo incertezas quanto à configuração jurídica da controvérsia, se de jurisdição interna exclusiva ou de pertinência com o direito internacional, o Conselho, com o apoio das partes, solicitou opinião consultiva à Corte Permanente de Justiça Internacional, com referência ao Artigo 14 do Pacto da Liga das Nações. É com essa contextualização que se deve compreender a pergunta posta diante da Corte – tratava-se de saber se a matéria transcendia o direito interno e estava regulada pelo direito internacional, para poder ser examinada pelo Conselho da Liga das Nações:

Whether the dispute between France and Great Britain as to the Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco (French zone) on November 8th, 1921, and their application to British subjects, is or is not, by international law, solely a matter of domestic jurisdiction (Article 15, paragraph 8, of the Covenant)¹¹³.

Assim, a primeira medida tomada pela Corte foi considerar o que significa que a nacionalidade é ou não uma questão de jurisdição exclusiva de um Estado. É já nesse ponto que a Corte faz a afirmação mais importante¹¹⁴ do caso:

The question whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of the Court, in principle within this reserved domain.

¹¹³ *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco*. 1923, PCIJ Series B, no. 4, at 21.

¹¹⁴ A conclusão a que a Corte chega no caso não é de grande relevância. A Corte limitou-se a afirmar que havia instrumentos de direito internacional que poderiam influir na hipótese, e cujo alcance deveria ser examinado pelo Conselho, o qual concluiria se a questão continuaria ou não sob o domínio exclusivo do Estado, e que, com base no Artigo 15 do Pacto, faria ou não recomendação. Esses instrumentos seriam: (i) o tratado internacional que instituiu o protetorado, o qual poderia limitar as prerrogativas do território tutelado e da potência protetora; (ii) a cláusula convencional da nação mais favorecida, que demandava interpretação quanto a seu alcance e (iii) a extensão dos direitos capitulatórios ingleses, cuja relação com outras obrigações não era clara. Pode-se compreender que a Corte não estendeu suas conclusões ao exame concreto desses instrumentos pois uma afirmação dela no sentido da incidência das cláusulas equivaleria à solução de um contencioso, o que não poderia ser feito no contexto de uma opinião consultiva, nos lindes da opinião consultiva no caso da Carélia Oriental, que não foi pronunciada pois “answering the question would be substantially equivalent to deciding the dispute between the parties” (*Status of Eastern Carelia*. 1923, PCIJ Series B, no. 5, at 29).

For the purpose of the present opinion, it is enough to observe that it may well happen that, in a matter which, like that of nationality, is not, in principle, regulated by international law, the right of a State to use its discretion is nevertheless restricted by obligations which it may have undertaken towards other States. In such a case, jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law.

Esses parágrafos são importantes por duas razões. Em primeiro lugar, diferentemente dos termos da pergunta formulada pelo Conselho da Liga das Nações, os quais davam a entender que o domínio reservado decorreria do próprio direito internacional, com a expressão “by international law”, a Corte considera que há outra hipótese de domínio reservado: um campo que cabe exclusivamente ao direito interno diante da ausência de regulação por norma internacional (“this reserved domain”). Assim, o domínio reservado poderia surgir pelo silêncio ou pela definição expressa do próprio direito internacional. Já a noção de jurisdição exclusivamente interna seria mais restrita, limitando-se à segunda hipótese – trata-se de questões que, embora pudessem interessar a mais de um Estado, não estariam reguladas pelo direito internacional:

The words "solely within the domestic jurisdiction" seem rather to contemplate certain matters which, though they may very closely concern the interests of more than one State, are not, in principle, regulated by international law. As regards such matters, each State is sole judge¹¹⁵.

A interpretação assumida pela Corte, no sentido de que a jurisdição exclusiva interna só existe quando não há norma de direito internacional a incidir no caso, coaduna-se com decisões posteriores da Corte. Esse é o caso da paradigmática afirmação de que o “direito municipal é um fato”¹¹⁶: a Corte, enquanto órgão imbuído de jurisdição internacional, somente avalia questões que sejam reguladas pelo próprio direito internacional, independentemente de qualquer enquadramento dado pelo direito interno.

Outra consequência que decorre da fundamentação da Corte é que o alcance do domínio reservado não é fixo, nem limita indefinidamente o próprio direito internacional, tampouco antedata a própria instituição de contatos entre os Estados. Quando há uma alteração no estágio de desenvolvimento das relações internacionais, de modo a que o direito

¹¹⁵ Idem, pp. 20-21.

¹¹⁶ *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. 1926, PCIJ Series A, no. 7, at 19. A Corte também equipara o direito interno a fatos no julgamento conjunto dos casos dos Empréstimos. *Serbian and Brazilian Loans Cases*. 1929, PCIJ Series A, nos. 20/21, at 18-19.

internacional geral passe a regular determinado tema, ele não mais diz respeito à jurisdição exclusiva de um Estado. Além disso, obrigações assumidas pelo Estado em relações bilaterais ou multilaterais também podem restringir seu domínio reservado.

Como conciliar então, a possibilidade de que um Estado, por meio de ação própria ou combinada, limite sua capacidade de ação exclusiva, não podendo contrariá-la? A fórmula genérica adotada pela Corte nesse caso, de que um Estado “restringiria sua discricionariedade” é refinada no caso Wimbledon, pela doutrina da segmentação dos elementos soberanos para resolver o “paradoxo da soberania”.

Tomando em conta a construção de domínio reservado feita pela opinião consultiva no caso dos Decretos de Nacionalidade, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que o argumento de domínio reservado perde significativa relevância do ponto de vista do direito internacional. Como o domínio reservado não é uma noção apriorística, ele se confunde com a própria questão da prova do direito internacional aplicável ao caso. No caso do domínio reservado instituído pelo próprio direito internacional, tal questão não impede o conhecimento de uma demanda específica, e, no caso de domínio reservado por ausência de regulação do direito internacional, há a admissão de contraprova. Como veremos a seguir, a contribuição doutrinária do próprio caso Lotus pontua ainda melhor os contornos do domínio reservado de caráter residual.

Quanto à questão específica do direito de nacionalidade, Jonathan Charney caracteriza a opinião consultiva do caso dos Decretos de Nacionalidade como um primeiro momento em que a nacionalidade tornou-se questão de direito internacional, em um processo que viria a ser consolidado pela Corte Internacional de Justiça no caso Nottebohm, que, com o critério da nacionalidade efetiva, estabeleceu limites para a eficácia de instrumentos internos a respeito da proteção diplomática – critério esse adotado por outros tribunais internacionais¹¹⁷. Assim, o caso dos Decretos de Nacionalidade seria a primeira grande manifestação da volatilidade das fronteiras entre questões que estão sob o domínio reservado

¹¹⁷ CHARNEY, Jonathan. Is International Law threatened by Multiple International Tribunals? In: Academia de Direito Internacional da Haia. *Recueil des Cours*, v. 271, 1998, pp. 303-305. Essa afirmação deve ser tomada *cum grano salis* – é interessante notar que o próprio Raymond Poincaré, em memorando, já reconheceu que era costume da época que, em casos de dupla nacionalidade, a proteção diplomática não fosse exercida contra o outro país da nacionalidade do indivíduo protegido, o que sugere que essa matéria já tinha limites anteriores, dados pelo direito consuetudinário. *Nationality decrees issued in Tunis and Morocco - Case of the British Government* (Apêndice XXI, Item XIX), PCIJ Series C, no. 02, at 212.

de um Estado e questões que, por seu conteúdo de direito internacional, podem ser afetadas à jurisdição internacional¹¹⁸.

O caso Lotus

Passamos agora ao caso mais discutido e analisado em toda a história do direito internacional¹¹⁹ e que mais suscita admiração ou desaprovação: o caso Lotus. Diferentemente do metiê normal da Corte Permanente de Justiça Internacional, que normalmente se limitava a invocar argumentos estritamente necessários para a solução do conflito, o caso Lotus envolve afirmações grandiloquentes sobre a própria estrutura do direito internacional e da comunidade internacional – assim como uma fundamentação que vai bastante além do caso em concreto.

O caso Wimbledon já tinha reconciliado vontade e soberania por meio de uma relação conteúdo/contingente e o caso dos Decretos de Nacionalidade esclarecera que o domínio reservado não é uma noção que está alheia ao próprio direito internacional. Uma pergunta, contudo, continuava em aberto: até que limite a soberania e, por conseguinte, a capacidade de projetar a vontade existiriam? Um Estado poderia dispor sobre tudo aquilo que quisesse?

O caso Lotus foi submetido à Corte por acordo especial entre a França e a Turquia. Os fatos que o embasam são simples: em 2 de agosto de 1926, um navio carteiro francês, o Lotus, colidiu com um navio carvoeiro turco, o Boz-Kourt, em alto-mar, a seis milhas náuticas do Cabo Sigri, perto da costa turca. O navio turco naufragou e oito tripulantes turcos morreram. Após o resgate de dez náufragos, o navio francês seguiu viagem e atracou em Constantinopla. Entregue o relatório do evento e iniciada a investigação, foi determinada a detenção provisória do comandante francês, Monsieur Demons. Iniciado o julgamento, o governo francês instou o governo turco a entregá-lo às autoridades francesas, para que ele fosse julgado na França – diante da discordância dos países quanto à competência de seus

¹¹⁸ A possibilidade de critérios de nacionalidade a serem adotados por determinado país serem definidos de comum acordo em tratado internacional foi reafirmado pela Corte Permanente no caso da Aquisição de Nacionalidade Polonesa (*Acquisition of Polish Nationality*. 1923, PCIJ Series B, no. 7, at 15-16).

¹¹⁹ SPIERMANN, Ole. *Op. cit.* p. 247. O autor também adiciona que o caso é o primeiro caso em que a Corte parece entrar em contato com o *Buchrecht* da época, expresso nos manuais de direito internacional. Tudo isso sem contar a grande importância política do caso, uma vez que esse foi o primeiro caso em que uma das cinco grandes potências (EUA, França, Itália, Japão, Reino Unido) teve uma decisão totalmente desfavorável a ela.

tribunais, foi lavrado o acordo especial. A questão posta diante da Corte, a qual ela expressamente considerou como o limite de sua apreciação, foi:

(1) Has Turkey (...) acted in conflict with the principles of international law – and if so, what principles – by instituting, following the collision which occurred on August 2nd, 1926, on the high seas between the French steamer *Lotus* and the Turkish steamer *Boz-Kourt* and upon the arrival of the French steamer at Constantinople – as well as against the captain of the Turkish steamship – joint criminal proceedings in pursuance of Turkish law against M. Demons, officer of the watch on board the *Lotus* at the time of the collision, in consequence of the loss of the *Boz-Kourt* having involved the death of eight Turkish sailors and passengers?

(2) Should the reply be in the affirmative, what pecuniary reparation is due to M. Demons, provided, according to the principles of international law, reparation should be made in similar cases?¹²⁰

O argumento da acusação francesa foi no sentido de que a Turquia somente teria jurisdição, a princípio, sobre seu próprio território, e que somente seria facultado a suas cortes exercerem jurisdição extraterritorial quando houvesse uma norma de direito internacional a autorizá-lo. No caso da jurisdição criminal sobre atos cometidos em alto mar, a jurisdição territorial equivaleria à do Estado da bandeira da embarcação. Diante dessa violação ao direito internacional, seria aberta a possibilidade de indenização ao comandante pelo tempo de detenção indevida:

Furthermore, whereas, according to international law as established by the practice of civilized nations, in their relations with each other, a State is not entitled, apart from express or implicit special agreements, to extend the criminal jurisdiction of its courts to include a crime or offence committed by a foreigner abroad solely in consequence of the fact that one of its nationals has been a victim of the crime or offence;

Whereas acts performed on the high seas on board a merchant ship are, in principle and from the point of view of criminal proceedings, amenable only to the jurisdiction of the courts of the State whose flag the vessel flies;

As the arrest, imprisonment and conviction of Monsieur Demons are the acts of authorities having no jurisdiction under international law, the principle of an

¹²⁰ *Case of the S.S. Lotus*. 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 5.

indemnity ensuring to the benefit of Monsieur Demons and chargeable to Turkey, cannot be disputed;¹²¹

Por sua vez, três foram os argumentos da defesa turca. Em primeiro lugar, como os efeitos do acidente se processaram no navio de bandeira turca, o comandante francês poderia ser processado em razão de jurisdição territorial. Além disso, ainda que se considerasse que os efeitos que se processaram no navio turco somente foram aqueles referentes ao comandante turco, o fato de os delitos serem conexos geraria a competência pela *vis attractiva*, autorizando a jurisdição pelos tribunais turcos. Por fim, o agente turco deu interpretação contrária ao silêncio do direito internacional – a ausência de norma proibitiva autorizaria a extensão da jurisdição com alcance extraterritorial. São os argumentos:

3. Vessels on the high seas form part of the territory of the nation whose flag they fly, and in the case under consideration, the place where the offence was committed being the S.S. Boz-Kourt flying the Turkish flag, Turkey's jurisdiction in the proceedings taken is as clear as if the case had occurred on her territory – as is borne out by analogous cases.

4. The Boz-Kourt–Lotus case being a case involving "connected" offences (*délits connexes*), the Code of criminal procedure for trial – which is borrowed from France – lays down that the French officer should be prosecuted jointly with and at the same time as the Turkish officer; this, moreover, is confirmed by the doctrines and legislation of all countries. Turkey, therefore, is entitled from this standpoint also to claim jurisdiction.

5. Even if the question be considered solely from the point of view of the collision, as no principle of international criminal law exists which would debar Turkey from exercising the jurisdiction which she clearly possesses to entertain an action for damages, that country has jurisdiction to institute criminal proceedings¹²².

Ao iniciar seu exame da questão, a Corte fixou a questão de direito a ser examinada por ela: saber se a perseguição criminal de Monsieur Demons teria violado algum princípio de direito internacional¹²³. Abordando-se esse ponto, chegar-se-ia à conclusão final do caso, sem que fosse necessário minudenciar a legislação francesa ou turca sobre a questão. A opção da Corte, assim, se inclinaria pelo argumento turco quanto à jurisdição extraterritorial: a inexistência de norma proibitiva não seria o ponto de partida, diferentemente da afirmação

¹²¹ *Idem*, at 7-8.

¹²² *Idem*, at 9.

¹²³ *Idem*, at 16-18.

francesa, mas sim a existência ou não de norma proibitiva. Essa opção em favor de não se proibir aquilo que não fosse expressamente autorizado seria justificada não só pelas condições do direito internacional de então, como também por sua própria natureza – um direito interestatal baseado nas vontades estatais:

This way of stating the question is also dictated by the very nature and existing conditions of international law.

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed¹²⁴.

No caso *Lotus*, a Corte dá sua primeira manifestação assertiva sobre os sujeitos de direito internacional – não só a configuração de então do direito internacional, como também mais importantemente a própria natureza do direito internacional, seria tal que essa ordem regularia exclusivamente a relação entre Estados. Ao insistir no elemento da natureza, a Corte parece fazer um recorte de permanência em relação à mutabilidade das relações internacionais, afirmada no caso dos Decretos de Nacionalidade e reforçada no caso *Lotus* – a esfera material e a esfera territorial do direito internacional seriam mutáveis, contudo a esfera pessoal desse direito não o seria.

A Corte se compromete com a visão ortodoxa do direito internacional, na qual a ordem internacional é fundada na interação entre Estados independentes, cuja vontade é o elemento constitutivo de suas relações mútuas. Em claro endosso da solução adotada no caso *Wimbledon*, a Corte considera que, a partir da ideia de vontade, tem-se que os Estados somente podem restringir sua própria soberania por meio de sua própria vontade – dessa forma, os Estados não poderiam ter limites presumidos contra sua soberania, mas somente limites por eles assentidos.

Além disso, a Corte lança a ideia de que as vontades dos Estados não servem unicamente a função de coexistência, como também a de alcançar objetivos comuns, o que destoa de uma leitura sobre o direito internacional com ênfase na soberania. Os Estados não tentam somente resguardar seus âmbitos próprios e efetuar uma separação estanque entre suas

¹²⁴ *Idem*, at 18.

esferas de ação, mas também alcançar soluções comuns e duradouras para a ordem internacional. A defesa da noção de cooperação se coaduna com a própria interpretação que se dava à época para a criação da Liga das Nações, consolidada no preâmbulo do Pacto da Liga:

THE HIGH CONTRACTING PARTIES,

In order to promote international co-operation and to achieve international peace and security

by the acceptance of obligations not to resort to war,

by the prescription of open, just and honourable relations between nations,

by the firm establishment of the understandings of international law as the actual rule of conduct among Governments, and

by the maintenance of justice and a scrupulous respect for all treaty obligations in the dealings of organised peoples with one another,

Agree to this Covenant of the League of Nations¹²⁵.

Na condição de face jurídica da cooperação no pós-guerra, seria de se estranhar se a Corte adotasse uma posição vinculada à simples coexistência. Cabe ressaltar, contudo, que a noção de interesses comunitários suscitada no caso *Lotus* não pode ser vista de forma a trasladar essa própria soberania para além dos Estados. Na decisão, fica claro que a comunidade internacional em questão é constituída unicamente por Estados (“all nations belonging to the community of States”¹²⁶) – e são eles os sujeitos ativos da cooperação internacional.

(...) the PCIJ applied the community dimension of legal relations to interstate relations exclusively, and it related them to the definition of international law as a law governing relations between independent States, as formed in the *Lotus* case. Such a grasp of international law determined a narrow concept of international

¹²⁵ Preâmbulo do Pacto da Liga das Nações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And13990-1920.pdf Último acesso em 10 de dezembro de 2014. Junto ao Decreto Executivo de internalização, foram publicadas no DOU as versões oficiais em inglês e em francês.

¹²⁶ *Case of the S.S. Lotus*. 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 16. Em seu voto divergente, o Juiz André Weiss elabora o conceito de *consensus omnium*, o qual também só se refere às nações: “In reality, the only source of international law is the *consensus omnium*. Whenever it appears that all nations constituting the international community are in agreement as regards the acceptance or the application in their mutual relations of a specific rule of conduct, this rule becomes part of international law” (*Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by M. Weiss), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 43-44).

community in which there was no place for individuals but for international organizations as well¹²⁷.

Além de trazer à tona a ideia de cooperação, a argumentação subsequente da Corte para chegar a sua conclusão também permite vislumbrar que o caso Lotus não é uma afirmação cega da soberania, diferentemente da análise de boa parte dos analistas¹²⁸. Definido o objeto de exame da Corte, que era a identificação da existência ou da inexistência de norma proibitiva quanto ao exercício da jurisdição extraterritorial, o caso Lotus define como princípio de direito internacional uma limitação territorial da soberania:

Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention¹²⁹.

Dessa forma, baseada na noção de uma comunidade de Estados independentes, a Corte considera que o exercício da soberania é territorializado – a jurisdição, como atributo da soberania, também deve ser exercida no próprio território do Estado. Isso não obsta, porém, que uma nação determine as hipóteses de incidência de suas normas penais e civis para pessoas, objetos e eventos que aconteçam fora de seu território. A Corte afirma que a extraterritorialidade da lei penal e da lei civil, orientada por diversos e distintos critérios, é uma característica comum na legislação de vários países, sem que haja a violação de qualquer princípio de direito internacional.

Dessa forma, a Corte faz um *distinguishing* entre o exercício da jurisdição, o qual seria regulado pelo princípio da territorialidade, e a extensão da jurisdição, a qual estaria albergada pelo princípio da liberdade, segundo o qual cada Estado pode discricionariamente regular sua legislação¹³⁰. O primeiro elemento seria uma dimensão constitutiva da soberania do Estado, enquanto o segundo elemento estaria incluído no contexto de seu domínio

¹²⁷ KWIECIEŃ, Roman. *Op. cit.* p. 372.

¹²⁸ Sobre as diferentes interpretações: “According to the reading one takes, Lotus either enshrines the strictest view of the interpretation of international law with the Court showing a deference towards State sovereignty, or on the other hand, a more moderate or ‘international lawyer’s approach’, whereby the Court assesses international law as it stands at a given point of time.” (PAZARTZIS, Photini. *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint*. In: TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 327).

¹²⁹ *Case of the S.S. Lotus*. 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 18-19.

¹³⁰ *Idem*, at 19-20.

reservado, vez que ausente norma internacional convencional ou costumeira a limitá-lo. Na opinião da Corte: “The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty”¹³¹.

Alf Ross explica a distinção feita pela Corte no caso Lotus em outros termos, referindo-se à diferente atribuição de competências pelo direito internacional quanto à jurisdição e quanto à legislação – e justificando as razões por trás da diferenciação, que dizem respeito a uma interpretação “restritiva” do princípio da territorialidade:

(...) the competence of jurisdiction (...), that is to say, the competence of the state to use force against individuals to give effect to the law.

Within its territory each state (as self-governing) claims to be the supreme judicial power in relation to its citizens, and these claims would of course lead to constant clashes if the executive organs were not kept spatially separated. (...)

It follows that the maxim [of territorial competence of jurisdiction] is a rule which restricts *the territorial freedom of movement of the executive organs, and nothing else*.

(...) the maxim does *not* restrict the *legislative competence* of the state, that is to say, it does not cut off the state from attaching legal consequences to conditioning facts which have taken place outside the territory. Every state, in fact, to a certain extent attributes extraterritorial validity to its legislation. It is another question that often such legislation cannot become very effective, seeing that it can only be enforced within the state's own boundaries. The principle is clearly stated by the Permanent Court in the Lotus¹³².

A decisão foi apertada, e somente se alcançou uma solução pelo voto dissidente do Presidente, Max Huber. As divergências foram bastante significativas, até entre os vencidos. O juiz Bernard Loder opôs-se tanto à distinção formulada pela Corte quanto à conclusão relativa à inexistência de norma costumeira, ao considerar que a proibição do exercício de jurisdição sobre atos praticados por súditos estrangeiros em território estrangeiro é um princípio de direito internacional que deriva da própria soberania dos Estados¹³³. O juiz

¹³¹ *Idem*, at 20.

¹³² ROSS, Alf. *A Textbook of International Law: General Part*. Londres/UK, Nova Iorque/EUA, Toronto/CAN: Longmans, Green and Co., 1947, pp. 155-156.

¹³³ “The general rule that the criminal law of a State loses its compelling force and its applicability in relation to offences committed by a foreigner in foreign territory, a rule derived from the basic principle of the

André Weiss também se opôs a ambas as conclusões, embora com fundamentos distintos – considerou a legislação e a jurisdição como dimensões da ordem pública, vinculadas ao território, independentemente do vínculo de nacionalidade¹³⁴. O juiz Didrik Nyholm considerou que o princípio da territorialidade proscovia a incidência da lei penal turca, embora os exemplos do direito comparado apontassem para a progressiva aceitação da extraterritorialidade¹³⁵. Rafael Altamira criticou a decisão da maioria por violar o princípio da territorialidade e por poder dificultar as boas relações entre os Estados, com a admissão da sobreposição de legislações internas¹³⁶.

John Bassett Moore, no voto divergente mais longo, repleto de referências doutrinárias e de precedentes, afirmou que, no caso em questão, ainda que embora um Estado estrangeiro, pelo princípio territorial, pudesse exercer jurisdição sobre quaisquer estrangeiros que estivessem em seu território e que não tivessem imunidades especiais, ele nunca poderia julgá-los quanto a fatos que tivessem cometido antes de entrar em seu território, sob pena de se esvaziar o próprio princípio territorial¹³⁷ – isso se daria na hipótese, pelo *Lotus* ser território francês por extensão. Com uma ilustração, Moore explica que a extensão extraterritorial de todas as jurisdições para o exterior, com base no critério da personalidade passiva, geraria a superposição de sistemas de proteção que inviabilizaria operações civis¹³⁸.

sovereignty and independence of States" (*Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by M. Loder), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 38).

¹³⁴ "By virtue of sovereignty such as we understand it, every State has jurisdiction to sentence and punish the perpetrators of offences committed within its territory; indeed, this is a question of public security, and of public order, which a State cannot ignore without neglecting its duty as a State, and one which arises whatever the nationality of the delinquent may be. But, outside the territory, the frontier having once been traversed, the right of States to exercise police duties and jurisdiction ceases to exist; their sovereignty does not operate, and crimes and offences, even in the case of those inflicting injury upon the States themselves, fall normally outside the sanctioning force of their courts." (*Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by M. Weiss), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 44).

¹³⁵ "It follows from the foregoing that Turkey, by prosecuting Lieutenant Demons, acted in contravention of the territorial principle as established at the present time. It will, however, be well to remember that international law is liable to continual variations and that there would seem to be a tendency towards a relaxation in the strict application of this principle." (*Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by M. Nyholm), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 63).

¹³⁶ *Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by M. Altamira), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 104.

¹³⁷ *Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by Mr. Moore), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 91-92.

¹³⁸ "It will be observed that Hall founds his disapproval of the claim mainly on its assertion by one nation of a right of concurrent jurisdiction over the territory of other nations. This claim is defended by its advocates, and has accordingly been defended before the Court, on what is called the "protective" principle; and the countries by which the claim has been espoused are said to have adopted the "system of protection".

What, we may ask, is this system? In substance, it means that the citizen of one country, when he visits another country, takes with him for his "protection" the law of his own country and subjects those with whom he comes into contact to the operation of that law. In this way an inhabitant of a great commercial city, in which foreigners congregate, may in the course of an hour unconsciously fall under the operation of a number

O único voto divergente a não desmontar o *distinguishing* da Corte, deixando a legislação penal fora do alcance do princípio da territorialidade, foi o de Lorde Finlay. O juiz inglês afirmou que a Turquia violara o direito internacional por existir princípio de direito marítimo a determinar a repartição de competências legislativas com base no pavilhão, adotado por razões de conveniência, e não por decorrência do princípio da territorialidade¹³⁹.

É interessante notar que, ainda que a Corte tenha se decantado na sua decisão por adotar o princípio da liberdade, isso não significa, em momento algum, que ela descartou a ideia de cooperação – o vácuo de normas referentes à coexistência não prejudica o direito da cooperação, que é caracterizado pela conjunção de vontades¹⁴⁰. São vários os elementos da decisão nesse sentido.

Em primeiro lugar, a Corte reconhece expressamente, na própria decisão, que não só tratados poderiam limitar a jurisdição penal sobre fatos ocorridos no território nacional, como alguns deles já o faziam, em questões referentes à jurisdição sobre crimes ocorridos em alto-mar¹⁴¹. Haveria, assim, margem de manobra para que a via convencional superasse o princípio da liberdade – suprimindo o vazio internacional.

Em segundo lugar, cabe ressaltar a referência da Corte ao estágio atual das relações internacionais¹⁴², a qual cimenta uma visão dinâmica sobre o direito internacional, que não está indeterminadamente ancorado à coexistência ou à inexistência. Embora determinada matéria esteja em determinado momento incluída no domínio interno, esse atual estágio pode ser superado pela vontade conjunta dos Estados.

Em terceiro lugar, coexistência e cooperação, na formulação da Corte, não representam concepções opostas sobre as relações internacionais, mas formas distintas de se encarar o conceito de soberania – como um “encapsulamento” ou como uma “abertura”. Nesse contexto, o princípio em questão, caso existente ou inexistente, trataria de uma questão de coexistência, qual seja, a alocação de competências pelo direito internacional, e não de cooperação – o resultado da Corte não influencia essa categorização. A decisão do caso Lotus

of foreign criminal codes. This is by no means a fanciful supposition; it is merely an illustration of what is daily occurring, if the "protective" principle is admissible". (*Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by Mr. Moore), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 92).

¹³⁹ *Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by Lord Finlay), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 52-53.

¹⁴⁰ SPIERMANN, Ole. *Op. cit.* p. 255.

¹⁴¹ *Case of the S.S. Lotus*, 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 27.

¹⁴² O que está presente até nos votos divergentes de Rafael Altamira e de Lorde Finlay.

somente ecoa a decisão do caso dos Decretos de Nacionalidade, ao considerar que o domínio reservado depende da configuração específica do direito internacional.

Em suma, em nenhum momento, a Corte negou o papel fundamental da vontade e do consenso para a vinculação dos Estados como soberanos internacionais¹⁴³. No caso Lotus, a Corte não negou o princípio da territorialidade em prol do princípio da liberdade. As discussões, à exceção do voto de Lorde Finlay, tiveram por objetivo definir a extensão do princípio da territorialidade, para avaliar se a legislação penal estaria ou não subordinada a ele. Aliás, o caso Lotus é o primeiro caso a trazer o princípio da territorialidade em sua fundamentação como limite à atuação soberana, ainda que para considerá-lo alheio à esfera legislativa.

Dessa forma, o reconhecimento do princípio da liberdade no caso Lotus não o faz um ponto fora da curva na jurisdição da Corte, pois, assim como no caso dos Decretos de Nacionalidade, a liberdade é considerada um elemento meramente residual que somente se configura diante da inexistência de norma de direito internacional. O precedente se enquadra na autoimagem formulada desde o Comitê de Juristas: a Corte como guardiã de um direito internacional que é aplicável exclusivamente entre Estados e que tem por base a vontade dos Estados. A Corte, ao verificar que a vontade dos Estados não indica determinada conduta, finda por afirmar a vontade individual de um Estado. Embora a solução do caso possa ser considerada favorável à soberania, toda a argumentação do tribunal demonstra seu compromisso com o voluntarismo.

O reconhecimento tanto no caso dos Decretos de Nacionalidade quanto no caso Lotus de que o direito internacional pode apresentar lacunas permitem que se compreenda melhor a posição da Corte a respeito da relação entre o direito internacional e o direito interno: não há conteúdos predeterminados para uma ou outra ordem, pois o direito internacional, a depender do estágio de evolução das relações internacionais, pode incluir certos conteúdos ou não baixo sua tutela. A inexistência de uma norma de direito internacional a disciplinar uma matéria não seria, portanto, uma falha sistêmica, mas a simples consequência do estágio atual das relações internacionais.

A admissão de lacunas no direito internacional não faz com que a Corte veja com bons olhos a ausência de norma de direito de internacional. Segundo Robert Ruzé, embora o tribunal tivesse reconhecido o princípio da liberdade no caso Lotus, ele o fez sem interesses

¹⁴³ SPIERMANN, Ole. *Op. cit.* p. 197.

sub-reptícios e com muita decepção, tanto que teria recomendado, de forma implícita, que os países tratassem de disciplinar a matéria por via convencional¹⁴⁴.

Tendo a concordar com a afirmação desse autor. Em meu julgamento, há dois padrões argumentativos distintos no conjunto das decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional conforme ela lida com normas consuetudinárias ou com normas convencionais. Enquanto o tribunal é extremamente seguro ao lidar com estas, buscando sempre dar máxima efetividade aos tratados, ele é extremamente conservador ao lidar com aquelas, raramente reconhecendo princípios internacionais que tenham prova em contrário. Assim, é sempre no contexto da ausência de norma escrita que a Corte reconhece o princípio da liberdade dos Estados; e, assim, como no caso *Lótus*, a Corte ressent-se de ter de fazer essa afirmação, esperando que norma convencional venha a disciplinar o vácuo jurídico – as lacunas indesejadas do direito internacional, supridas pela evolução das relações internacionais.

Com tudo isso em vista, o caso *Lotus*, ao afirmar a subjetividade exclusiva dos Estados e ao conceder papel central à vontade, esclarece que não existe um critério material de separação entre as ordens interna e internacional, mas um critério procedimental e um critério pessoal – torna-se matéria de direito internacional aquilo que foi tocado pela vontade comum de parte ou da totalidade dos Estados, seja por princípios de ordem costumeira ou, principalmente, por regras de ordem convencional.

O caso *Mavrommatis*

De modo a se completar o grande quadro ortodoxo composto pela Corte Permanente de Justiça Internacional nos seus primeiros anos, que teve no caso *Lotus* seu grande desfecho, ainda é preciso retomar a manifestação do tribunal quanto a um problema que arriscava ser a porta de entrada para indivíduos e a ruptura com o dualismo estrito. A questão da denegação de justiça já fora o ponto mais conflituoso nas discussões do Comitê de Juristas e continuava a trazer problemas teóricos para os juristas – como justificar, no contexto do direito

¹⁴⁴ O trecho da decisão citado por Robert Ruzé para chegar a essa conclusão é o seguinte: « c'est en vue d'apporter un remède aux inconvénients qui dérivent de pareille variété qu'on s'efforce, depuis des années, en Europe aussi bien qu'en Amérique, d'élaborer des conventions, dont l'effet serait justement de restreindre la liberté que le droit international laisse actuellement aux États dans cette matière, en comblant ainsi des lacunes de compétences ou en faisant disparaître des concurrences de compétences résultant de la diversité des principes adoptés dans les différents États ». RUZÉ, Robert. *L'Affaire du Lotus*. *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Vol. 55, no. 3, 1928, pp. 155-156.

internacional e da relação entre Estados independentes, a atuação do Estado com relação à violação de direitos de seus cidadãos? Essas discussões são examinadas já no segundo caso contencioso julgado pela Corte, o caso *Mavrommatis*.

A própria expressão denegação de justiça é polissêmica, e fora invocada com distintas referências pelos membros do Comitê de Juristas¹⁴⁵. Em obra de 1910 que foi reeditada várias vezes e que teve grande repercussão sobre a matéria, Edwin Borchard define os dois sentidos principais em que é utilizada: em sentido amplo, a denegação de justiça equivale a todo ato que enseja a proteção diplomática, ou seja, como “every positive or negative act of an authority of the government, not redressed by the judiciary, which denies to the alien that protection and lawful treatment to which he is duly entitled” e em sentido estrito equivale à violação ou à negativa do devido processo legal por parte do Poder Judiciário¹⁴⁶. Para os objetivos deste trabalho, não entrarei nos meandros da discussão e adotarei a acepção mais ampla dessa expressão, que tem a vantagem de englobar todas as hipóteses que poderiam ameaçar a estrutura estatalista do direito internacional construída pela Corte, inclusive aquela apreciada nas objeções preliminares do caso *Mavrommatis*¹⁴⁷, primeira oportunidade em que a competência do tribunal fora posta em questão.

Os fatos subjacentes ao caso são simples – segundo o governo grego, autor da demanda, o senhor *Mavrommatis*, nacional de seu país, tivera sua atuação obstada em território palestino, agora administrado pelo Reino Unido, apesar de contar com concessões válidas para obras de transporte, águas e energia. Apesar de protestos e de solicitações

¹⁴⁵ Albert de Lapradelle, Bernard Loder e Lorde Phillimore referem-se ao conceito mais restrito, enquanto as razões dadas por Elihu Root estendem-se a todas as hipóteses albergadas pelo conceito mais amplo.

¹⁴⁶ BORCHARD, Edwin. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. Nova Iorque/EUA: The Banks Law Publishing Company, 1919, pp. 330-331. Sir Gerald Fitzmaurice, após os insucessos em se definir nas Conferências de Codificação da Haia de 1930 um sentido exato para o termo, e Clyde Eagleton, ainda em 1928, já sugeriam um sentido intermediário para a expressão, de modo a abarcar somente violações causadas diretamente pelo Poder Judiciário, e que somente englobariam a proteção diplomática por resultados injustos diante de erros patentes ou de má-fé comprovada (FITZMAURICE, Gerald. *Meaning of the Term “Denial of Justice”*. *British Yearbook of International Law*, vol. 13, 1932, pp. 93-114; EAGLETON, Clyde. *Denial of Justice in International Law*. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 22, 1928, pp. 538-559). As várias vertentes estão muito bem sistematizadas em: LISSITZYN, Oliver. *The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law*. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 30, 1936, pp. 632-646. Este autor termina por concluir que as dificuldades em se chegar a uma definição consensual e exata justificariam o abandono da expressão “denegação de justiça”, sem grandes perdas para o direito internacional, contanto que as ideias debatidas nesse contexto continuassem incluídas no contexto da proteção diplomática. De fato, a expressão “denegação de justiça” tem pequeno uso no direito internacional público nos dias de hoje, à exceção do direito dos investimentos internacionais.

¹⁴⁷ A Corte retoma a expressão no caso *Lotus* (*Case of the S.S. Lotus*. 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 24), contudo, não explicita qual a acepção por ela adotada. Tampouco o contexto esclarece qual seria o sentido escolhido.

intermediadas pela legação grega e direcionadas ao governo britânico, tampouco lhe fora oferecida indenização.

A objeção preliminar invocada pelo Reino Unido fora no sentido de que a demanda submetida à Corte não poderia ser conhecida, por não atender às condições estipuladas na cláusula jurisdicional prevista no artigo 26 do Mandato para a Palestina, assim redigido:

The Mandatory agrees that, if any dispute whatever should arise between the Mandatory and another Member of the League of Nations relating to the interpretation or the application of the provisions of the Mandate, such dispute, if it cannot be settled by negotiation, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations¹⁴⁸.

Tendo em vista os termos da cláusula convencional, a Corte sistematizou sua decisão como uma resposta a três quesitos: (i) ‘– Trata-se de uma disputa entre dois Estados: mandatário e membro da Liga das Nações?’; (ii) ‘– Trata-se de uma disputa que não pudera ser resolvida por negociações?’; (iii) ‘– Trata-se de uma disputa relativa à interpretação e à aplicação das disposições do Mandato?’¹⁴⁹.

Já no primeiro quesito¹⁵⁰, a Corte analisa a questão da ação tomada em proteção diplomática: a disputa existente, que nasce da violação de um direito individual, pode ser categorizada como uma disputa entre Estados? A resposta da Corte confirma a proposta de Arturo Ricci-Busatti no Comitê de Juristas, no sentido de o Estado agir por direito próprio.

A Corte afirma que, embora a controvérsia possa nascer inicialmente entre o Estado e o indivíduo, em razão da violação de um interesse privado, quando um Estado toma essa questão para si, essa controvérsia se internacionaliza, o Estado se torna seu titular exclusivo na esfera internacional, e o próprio interesse é publicizado. E não só isso. O Estado, ao recorrer a um mecanismo de solução de controvérsias internacionais no exercício da proteção diplomática não está tutelando direitos alheios, mas defendendo direito próprio:

By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its

¹⁴⁸ *Mavrommatis Palestine Concessions* (Objecções Preliminares). 1924, PCIJ Series A, no. 2, at 11.

¹⁴⁹ *Idem*, at 11.

¹⁵⁰ Ao qual limite minha análise neste trabalho.

own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law¹⁵¹.

Com a adoção da perspectiva de que o Estado se embasa em direito próprio ao exercer proteção diplomática, e não somente representa direitos de seus nacionais, a Corte assenta a última pedra do grande edifício da ortodoxia, resguardando-o de eventuais incongruências. Do ponto de vista do direito internacional, a denegação de justiça é considerada uma violação direta contra o Estado, e não somente indireta ou incidental. O soberano internacional conta com uma faculdade correspondente para exigir o cumprimento de seu direito: a proteção diplomática¹⁵².

A ficção do direito próprio do Estado conseguiu conciliar o instituto da proteção diplomática à estrutura ortodoxa do direito internacional, sem prejudicá-lo como um sistema de Estados independentes e afastando as ameaças que pairavam sobre o dualismo. É certo que a veracidade dessa construção é facilmente criticável, e reservas quanto ao *dictum* do caso Mavrommatis são comuns. Por outro lado, uma parcela da doutrina passa a reconsiderar essa decisão com novas lentes, reconhecendo que, não obstante as imperfeições, a solução da Corte atendeu a um objetivo fundamental, qual fosse, garantir mecanismos de proteção de indivíduos, apesar de seus direitos não serem incluídos na estrutura ortodoxa. Nesse contexto, Annemarieke Vermeer-Künzli afirma que “The protection of individuals in an era where they did not exist under international law – by means of diplomatic protection – was made possible by resort to this fiction”¹⁵³.

A Corte é estatalista, mas não soberanista

Tanto Ole Spiermann quanto Jan Klabbers ressaltam em suas análises, respectivamente, do caso Lotus e do caso Wimbledon, que a Corte Permanente de Justiça Internacional aproximou-se em suas afirmações da doutrina ortodoxa dominante da época –

¹⁵¹ *Idem*, at 12. Essa mesma redação foi tomada como ponto de partida pela Comissão de Direito Internacional no Grupo de Trabalho sobre Proteção Diplomática, para buscar-se sistematizar a matéria.

¹⁵² Os requisitos relacionados à concessão de proteção diplomática, notadamente, o vínculo de nacionalidade e a necessidade de exaustão dos recursos internos, são explicitados pelo tribunal no caso Panevezys-Saldutiskis. *Panevezys-Saldutiskis Railway Case*. 1939, PCIJ Series A/B, no. 76, at 15-22.

¹⁵³ VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 1, 2007, p. 238.

na expressão do primeiro autor, a Corte finalmente teria convergido com o *Buchrecht* (manualística).

Em primeiro lugar, o caso Lotus é pioneiro ao dizer, com todas as letras, que o direito internacional é um sistema aplicável somente entre Estados, consolidando-os como sujeitos exclusivos do direito internacional e cindindo o direito internacional do direito interno. Com isso, tem-se que a Corte assume postura claramente estatalista. Contudo, essa afirmação da ortodoxia, embora possa ser vista como um exercício de autocontenção, não equivale à conclusão de que sua atuação privilegiou a capacidade de os Estados agirem independentemente. Os espaços de jurisdição exclusiva dos Estados – seu domínio reservado –, como dito nos casos dos Decretos de Nacionalidade e Lotus, dependem do estágio de evolução das relações internacionais, e podem ser prontamente restringidos por norma de direito internacional que surja da vontade comum dos Estados.

Uma característica comum aos casos citados é que, embora a soberania seja invocada como elemento central do direito internacional, quem faz parte da *ratio decidendi* não é ela, mas a vontade dos Estados. Esta destaca-se em primeiro plano, assumindo um papel mais importante do que os outros elementos constitutivos daquela. Desde a solução do “paradoxo da soberania”, no caso Wimbledon, a Corte reconcilia soberania e vontade, mas essa combinação se dá principalmente em favor da última, de modo que a Corte, quando chamada a se manifestar sobre o núcleo duro da primeira, somente lhe dá um alcance tímido¹⁵⁴. Diz Arthur Steiner que “the Permanent Court appears to realize that extravagant interpretations of the rights of sovereignty may undermine its own jurisdiction and the system of law which it administers”¹⁵⁵.

As construções doutrinárias feitas pela Corte no seu grande quadro ortodoxo, (i) pela inserção da liberdade como elemento da soberania e (ii) pela importância reduzida dada aos demais elementos da soberania, teria por consequência a liberação da vontade dos Estados de conteúdos e de limites pré-fixados, permitindo vislumbrar-se um direito internacional preocupado não só com a coexistência, como também com a cooperação. É nesse sentido que

¹⁵⁴ Também diz Martti Koskenniemi que: “we have tamed down sovereignty. In a famous case from 1923 [o caso dos Decretos de Nacionalidade], the Permanent Court of International Justice had already defined sovereignty as a “relative matter”, dependent on the state of international relations”. KOSKENNIEMI, Martti. What use for Sovereignty Today? *Asian Journal of international Law*, vol. 1, no. 1, 2011, p. 61.

¹⁵⁵ STEINER, H. Arthur. Fundamental Conceptions of International Law in the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 30, no. 3, 1936, p. 427.

afirmo que a postura da Corte não pode ser adequadamente caracterizada como soberanista, mas, sim, como voluntarista.

Como veremos nos capítulos a seguir, a convivência entre o estatalismo e o voluntarismo na postura da Corte não viria a se dar sem tensões. O dilatamento da vontade comum dos Estados viria a pressionar as próprias bases do direito internacional ortodoxo, como um sistema aplicável exclusivamente entre Estados – afinal, eles próprios poderiam querer mais do que estipular direitos e deveres mútuos pelos canais diplomáticos tradicionais, rompendo com os limites doutrinários sobre eles impostos. A vontade de cruzar e de desmontar a fronteira rígida constituída pelo dualismo estrito entre o direito internacional e o direito interno seria evidente.

Além disso, veremos em seguida que os desafios provenientes da realidade do pós-guerra também viriam a reforçar a onda de pressão gerada pela expansão do papel da vontade dos Estados, com as inovações institucionais e normativas decorrentes da Paz de Paris. Diante desses desafios de ordem interna e externa, a Corte parece ter cumprido um papel ambíguo. Nos dois capítulos seguintes, analisaremos como o tribunal, comprometido com a ortodoxia e provocado pela inovação, comportou-se.

Capítulo Terceiro – Resguardando o Sistema de Paris¹⁵⁶: o problema da gestão das minorias, das comunidades e dos estrangeiros

A solução final para a Europa, desenhada na Conferência de Paz de Paris, aliava a criação da Liga das Nações à redefinição do mapa europeu. O fim dos dois grandes impérios e o recuo das tropas alemãs naturalmente demandavam o redimensionamento de Estados antigos e a criação de novos Estados. A Entente extrapolou esses objetivos. Além da simples distribuição dos territórios sem governo, a estratégia adotada foi um amplo ajuste e invenção de fronteiras, que garantiriam maior durabilidade à paz.

A reengenharia europeia seguiu, via de regra, a ideia da coincidência entre a nacionalidade dos habitantes e a do governante – as fronteiras deveriam se adequar à

¹⁵⁶ Para caracterizar o regime de proteção de minorias incumbido à Liga das Nações, adoto denominação similar à de Eric Weitz (WEITZ, Eric. From the Vienna to the Paris System: International Politics and the Entangled Histories of Human Rights, Forced Deportations, and Civilizing Missions. *The American Historical Review*, vol. 113, n. 5, 2008, pp. 1313-1343).

nacionalidade da população que residisse em tal ou qual território, o que garantiria legitimidade ao governo.

A solução final para a Europa embasou-se no discurso político da autodeterminação nacional¹⁵⁷. A ideia havia sido primeiramente lançada por Woodrow Wilson, em seu discurso de maio de 1916 (ainda antes da entrada dos Estados Unidos na guerra), com a noção de que todos os arranjos políticos nacionais e internacionais deveriam atender ao “consentimento dos governados”, e foi incorporada aos tratados decorrentes da Conferência de Paz de Paris¹⁵⁸. Antonio Cassese resume a ideia de Wilson em quatro pontos:

First, he advocated the right of each people to choose the form of government under which he would live. (...) The second version of self-determination was that relating to the restructuring of the states of Central Europe in accordance with national desires. (...) Third, Wilson championed self-determination as a criterion governing territorial change. (...) Fourth, Wilson took self-determination into account for the purpose of settling colonial claims (...), but [it] must be reconciled with the interests of colonial Powers¹⁵⁹.

A ênfase sobre a autodeterminação era tamanha que, para Wilson, o início da guerra e a prevenção de novos conflitos gravitavam ao redor dela – tratava-se de um fator indispensável para a estabilidade mundial. Em seu discurso de guerra, a mensagem é clara. A paz, obstada pelo imperialismo alemão, o qual rompia com identidades nacionais e subjugava outros povos, deveria ser revertida com a construção de um sistema internacional que fundaria uma paz duradoura, na qual seria garantido o poder de cada povo decidir seu próprio

¹⁵⁷ Antonio Cassese insiste em que a autodeterminação é, no fim da Primeira Guerra, somente uma ideia política, distante de se consolidar em um princípio de direito internacional: “It is not yet possible to talk of self-determination as positive international law in this period, but it clearly was the animating *political ideal*, which encapsulated the new post-war order.” (CASSESE, Antonio. *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 1998, p. 4).

¹⁵⁸ Erez Manela afirma que a ideia de autodeterminação não foi lançada gratuitamente por Woodrow Wilson, mas se baseou na tradição diplomática norte-americana, na qual os Estados Unidos seriam o garantidor da democracia em seu quintal, que, antes latino-americano, agora se estenderia a todo o mundo. A doutrina da autodeterminação de Wilson também herdaria da Doutrina Monroe o paternalismo com o qual encarava certos povos, o que justificava sua postura ambivalente em relação às colônias, as quais teriam de adquirir um grau civilizacional mínimo para conseguirem decidir seu futuro. MANELA, Erez. *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*. New York/EUA: Oxford University Press, 2009, pp. 22-33.

¹⁵⁹ CASSESE, Antonio. *Op. cit.* pp. 20-21. A interpretação de Antonio Cassese quanto à quarta dimensão da autodeterminação está claramente embasada na redação do quinto ponto de Wilson, que matiza os interesses das populações com o título colonial. “V. A free, open-minded and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable claims of the government whose title is to be determined.” Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp Último acesso em 10.11.2014.

futuro. A futura Liga das Nações seria, então, a assembleia da humanidade que agiria de modo a nenhum povo subjugar novamente qualquer outro no futuro.

In the address he gave on April 2 asking Congress for a declaration of war against Germany, Wilson said that the Kaiser's government, lacking the demonstrated consent of its own people, was illegitimate, and that the people of Germany were little more than "pawns and tools" in Berlin's hands. The American people harbored no ill will toward them, only feelings of "sympathy and friendship", and had Germany been a self-governing nation there would have been no war. Now, the United States had to enter the fray to fight for its long-time fundamental values: "for democracy, for the right of those who submit to authority to have a voice in their own governments, for the rights and liberties of small nations". (...)

Moreover, he was not merely interested in making "pleasing and sonorous" statements but was rather committed to taking effective measures that would guarantee the incorporation of these principles into the postwar settlement. One such measure would be a yet-unnamed mechanism for international cooperation based on a "common covenant", which would defend the principle of government by consent and provide an institutional framework that would reflect the "brotherhood of mankind"¹⁶⁰.

A forma de compensar as imperfeições entre identidade e governo nacional era a celebração de tratados de minorias, nos quais os Estados vencidos e vencedores se comprometiam a respeitar as minorias residentes nos territórios governados por outras majorias. Assim, as populações continuavam em suas terras, mas poderiam estar agora em território de outro Estado¹⁶¹. A única exceção foi a troca compulsória de populações gregas e turcas determinada pelo Tratado de Lausanne de 1923, e regulamentada por acordos posteriores, a qual foi examinada em duas opiniões consultivas da Corte Permanente de Justiça Internacional¹⁶².

¹⁶⁰ MANELA, Erez. *Op. cit.* pp. 35-36.

¹⁶¹ Retiro essa descrição de Tony Judt, que, em poucas palavras, explica a estratégia territorial adotada na Conferência de Paz de Paris, além de contrastá-la com a estratégia adotada após a Segunda Guerra, a qual inverteu seus princípios. "At the conclusion of the First World War it was borders that were invented and adjusted, while people were on the whole left in place [with the significant exception of Greeks and Turks, following the Lausanne Treaty of 1923]. After 1945, what happened was rather the opposite: with one major exception [Poland] boundaries stayed broadly intact and people were moved instead." JUDT, Tony. *Postwar: a history of Europe since 1945*. New York/USA: Penguin Books, 2005, p. 27.

¹⁶² O primeiro caso é: *Exchange of Greek and Turkish Populations*. 1925, PCIJ Series B, no. 10. Nele, definiu-se que a regra geral era o envio segundo a religião da população: os gregos muçulmanos seriam enviados à Turquia, e os turcos ortodoxos seriam enviados à Grécia. Esses critérios seriam definidos com recurso às

O uso de tratados de minoria como instrumentos normalizadores foi uma estratégia generalizada adotada pela Entente para garantir estabilidade nas nações surgidas após a segmentação dos Impérios Austro-Húngaro e Turco-Otomano e para a garantia de estabilidade nas fronteiras mais conflitivas. A grande inovação da Liga das Nações, porém, não foi a invenção dos tratados de minorias, mas o uso amplo desses instrumentos:

International commitments for fair treatment of minority groups were not a complete novelty in the post-Great War era. In 1878, upon attaining independence from Turkey, Romania was placed under a treaty obligation to refrain from discrimination against minority populations. It was only after the war, however, that this strategy of minority protection by way of treaty commitment was employed on a large scale¹⁶³.

Os acordos de minorias do pós-guerra diferenciavam-se significativamente dos vários tratados de extraterritorialidade assinados no avanço colonial europeu do século XIX com territórios asiáticos e africanos¹⁶⁴. A diferenciação entre populações não objetivava à hierarquização social, mas ao reconhecimento de que as diferentes minorias nacionais deveriam ter o mesmo grau de proteção em um mesmo território, em relação à maioria. Tampouco tratou-se de iniciativa unilateral, pois esses acordos instituíam também obrigações para alguns neutros e vencedores¹⁶⁵. Além disso, o conceito de populações protegidas estendeu-se a vários fatores diferenciais, que não só a questão racial – a maior parte dos instrumentos inclui em suas cláusulas a referência à “raça, religião ou linguagem”. Outro fator relevante é a administração dos tratados de minorias – sua gestão foi confiada, em sua maior parte, a Comissões Mistas, cuja constituição e dissolução era centralizada pela Liga das Nações¹⁶⁶.

definições estabelecidas no tratado, sem referência ao direito nacional. O segundo caso é: *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*. 1928, PCIJ Series B, no. 16. Nele, discutiu-se sobre o procedimento de reclamação nos Tribunais Mistos.

¹⁶³ NEFF, Stephen. *Op. cit.*, p. 359.

¹⁶⁴ Trata-se, porém, de dois sistemas não-excludentes. Vários tratados desiguais e acordos de extraterritorialidade continuaram vigendo durante o pós-guerra.

¹⁶⁵ Contudo, o regime foi limitado àqueles territórios cujas fronteiras foram redesenhadas, afetando, principalmente, os Estados Centrais, o que geraria um legado de ressentimento (FINK, Carole. *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews and International Minority Protection, 1878-1938*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2004, pp. 37-38). Cabe ressaltar, também, que houve grande relutância inglesa em estender o regime de proteção de minorias a Estados já consolidados, pois enfrentava, então, o nacionalismo irlandês – e pensava-se que qualquer medida que assegurasse direitos civis a minorias poderia ser invocada para defender instituições e instrução próprias aos irlandeses.

¹⁶⁶ A Liga das Nações também deu apoio ao reassentamento de populações deslocadas, embora com muito menos ênfase e com menor institucionalização do que as Nações Unidas viriam a fazê-lo, desde a United

Nos territórios cedidos ou tornados independentes, foi comum que se permitisse a migração e a troca voluntária de populações¹⁶⁷. Isso também estava ligado ao corolário da autodeterminação – era possível que uma população não se sentisse identificada com seu novo soberano, após a mudança ou o surgimento de fronteiras, ao que poderiam mudar-se para um Estado novo ou antigo. Para assegurar as migrações, os tratados de emigração estipulavam que os Estados facilitariam a compensação da propriedade imóvel deixada para trás, com pagamentos em dinheiro ou com a emissão de títulos da dívida pública.

A solução baseada na autodeterminação nacional, porém, não foi a única fórmula à qual lançaram mão para redesenhar o mapa europeu, e, em poucas áreas, minorias governaram sobre maiorias. Antes mesmo do início da Conferência de Paz de Paris, os aliados já tinham em mente que a aplicação da autodeterminação nacional de modo a se estender o território alemão era uma questão inegociável – o pleito austríaco em favor da incorporação à Alemanha, o qual, muito provavelmente, teria apoio plebiscitário por influência do pangermanismo, foi imediatamente bloqueado¹⁶⁸. Além disso, a pressão dos líderes europeus vencedores¹⁶⁹, especialmente por parte do governo francês, fez com que compensações territoriais em favor de potências europeias fossem acatadas, inaugurando-se a famosa “paz vingativa”, especialmente criticada por analistas norte-americanos. Por fim, o sistema de Paris criou três territórios internacionalizados na Europa em áreas antes ocupadas pela Alemanha, dois sob administração da Liga das Nações (Memel e Danzig) e um sob mandato britânico e francês por quinze anos (Saarland).

Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA). O maior contingente de deslocados que teve a atenção da Liga das Nações foi de russos: mais de um milhão e meio de russos fugiu de sua nação depois da Revolução Bolchevique de 1917 (a Revolução de Outubro), temendo a ditadura recém-instalada, os quais foram realocados com ajuda da Liga das Nações. KLEMENČIČ, Matjaž. Migrations in History. In: ISAACS, Katherine. *Immigration and emigration in historical perspective*. Pisa/ITA: Edizioni Plus-Piza University Press, 2007, p. 41.

¹⁶⁷ Há quem critique o sistema de migrações voluntárias da Liga das Nações. Berna Pekesen, estudando o caso do Império Turco-Otomano e da Turquia, afirma que esses tratados raramente garantiam migrações verdadeiramente voluntárias, servindo de pretexto para que os governos tentassem a homogeneização nacional, com o aval do direito internacional. Segundo ela, há uma continuidade entre o Tratado de Neuilly-sur-Seine, de 1919, que dispunha sobre migrações voluntárias, e o Tratado de Lausanne, de 1923, que dispunha sobre trocas compulsórias de populações. PEKESEN, Berna. *Expulsion and Emigration of the Muslims from the Balkans*. *European History Online (EGO)*, published by the Leibniz Institute of European History (IEG), Mainz/ALE 2012-03-07. Disponível em: <http://www.ieg-ego.eu/pekesenb-2011-en>. Último acesso em 20 de novembro de 2014.

¹⁶⁸ CASSESE, Antonio. *Op. cit.* p. 25.

¹⁶⁹ Que foi acatada como contrapartida pelo reconhecimento do excepcionalismo norte-americano (inclusão da Doutrina Monroe como matéria alheia à jurisdição da Liga das Nações). KENNEDY, David. *Over Here: The First World War and American Society*. Edição do 25º Aniversário. New York/EUA: Oxford University Press, 2004, pp. 357-359.

É natural que, diante de tantas novas questões e de tantos novos tratados, o sistema de gestão de minorias, de comunidades e de estrangeiros definido pela Paz de Paris tenha trazido grandes repercussões sobre o direito internacional do pós-guerra – direitos e obrigações foram sistematicamente previstos em favor de novos atores. Tais questões contaram com grande repercussão na Corte Permanente de Justiça Internacional, contabilizando dezesseis opiniões consultivas e decisões desse órgão cuja temática central é a proteção de minorias e de comunidades. O interesse em compreender como as minorias protegidas se enquadravam no direito internacional já transparecia nos trabalhos do Comitê de Juristas incumbido de propor o Estatuto da Corte Permanente. Albert de Lapradelle afirmara: “they are persons in international law, although they are not States”¹⁷⁰. Além disso, seus membros consignaram unanimemente que um Estado poderia lançar mão de proteção diplomática tendo em vista minorias por ele tuteladas:

It is certain that a State can only act on behalf of those over whom it has a right of protection in international relations: in doubtful cases the Court shall decide.

Special provisions in recent treaties introduce a special method of protecting the rights of minorities. These rights are put under the protection of the League of Nations. In the event of disputes as to their application, a State which is a Member of the League of Nations may, according to the terms of these treaties, appeal to the jurisdiction of the Court of Justice mentioned in Article 14 of the Covenant.

Our Court therefore is competent to deal with these cases¹⁷¹.

Embora certos casos da Corte tenham consolidado direitos de minorias de tal modo que, até os dias de hoje, ainda podem ser vistos como precedentes avançados¹⁷², limito-me a

¹⁷⁰ Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists. *Procès-Verbaux of the Proceedings (June 16th-July 24th 1920)*. p. 216.

¹⁷¹ *Idem*, p. 723. Esse trecho, ao autorizar que qualquer membro da Liga das Nações exigisse o respeito de minorias postas sob sua tutela, sugere ainda mais do que isso. Interessantemente, ele parece instituir um tipo de obrigação *erga omnes* (ou obrigação integral) de cunho convencional, com suas consequências jurídicas específicas – algo bastante vanguardista para a doutrina de então.

¹⁷² Os melhores exemplos são os casos das Escolas Minoritárias na Alta Silésia e o das Escolas Minoritárias na Albânia, que parecem antever os conceitos de autoidentificação e de discriminação positiva, ainda hoje muito usados por operadores do direito internacional dos direitos humanos. No primeiro deles, a Corte concluiu que a autodeclaração seria o instrumento adequado para que a prova de condição de minoria linguística se satisfizesse, independentemente de testes linguísticos (*Access to German Minority Schools in Upper Silesia*. 1931, PCIJ Series A/B, no. 40). O segundo caso é ainda mais interessante. Após o governo albanês tornar todo o ensino obrigatoriamente público e laico, fechando todas as escolas privadas, a Corte concluiu que essa medida não poderia alcançar as minorias. Embora fosse então garantida a isonomia formal entre minorias e maioria, a proibição de se instalarem escolas privadas afetava o direito de as minorias poderem dispor sobre a criação de seus filhos no seio de suas próprias tradições. Há, assim, o reconhecimento de que especificidades devem ser mantidas e garantidas pelo Estado (*Minority Schools in Albania*. 1935, PCIJ Series A/B, no. 64).

examinar duas decisões, as quais compartilham uma característica especial que não há em outros precedentes¹⁷³. Trata-se de casos especialmente representativos por envolverem questionamentos quanto ao regime de proteção de populações com base em uma leitura ortodoxa do sistema internacional, o que demandou da Corte (diferentemente de outros casos) uma argumentação no sentido de avaliar a adequação da proteção de minorias em relação ao direito internacional como ela já o havia definido. A partir deles, podemos avaliar as estratégias argumentativas da Corte para dar efetividade às inovações do Sistema de Paris, e se seu compromisso com a ortodoxia se sustenta. É o que veremos.

O caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig (também conhecido como o caso dos Empregados das Linhas Férreas de Danzig)¹⁷⁴

O pleito pela reconstrução de um Estado polonês, também conhecido como “a questão polonesa” foi uma proposta central na política europeia dos séculos XIX e XX, sendo invocado nas três grandes conferências europeias de paz do continente desses séculos: o Congresso de Viena, a Conferência de Paris e a Conferência de Yalta¹⁷⁵. Com o fim da Comunidade Polaco-Lituana, em 1791, e a queda do Rei Stanisław August Poniatowski, em 1795, “a Polônia não passava de um nome”¹⁷⁶ – sua área fora dividida entre várias nações e sua população se dispersara e perdia, cada vez mais, sua identidade polonesa.

Ainda antes da Conferência de Paz de Paris, de 1919, a ideia da reconstrução do Estado polonês foi prontamente encampada pelos representantes das três principais potências vencedoras. O apelo popular em favor da questão polonesa era significativo, especialmente nos Estados Unidos, por parte da comunidade de descendentes e de imigrantes; o interesse em conter o avanço bolchevique era um elemento essencial da política externa inglesa e o interesse em enxugar e em enfraquecer a Alemanha encantava aos franceses. Contudo, por mais que o apoio fosse amplo, essa não era uma questão simples. A Comissão criada na

¹⁷³ Há somente mais um precedente que se enquadra nessa descrição – o caso da Troca de Populações Gregas e Turcas. Como os argumentos aviados nesse caso equivalem àqueles do caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig, mas com menor sofisticação, limito-me a citá-lo ao longo da exposição.

¹⁷⁴ Para um sumário dos fatos e dos termos da decisão, ver: HUDSON, Manley *apud* HENDERSON, Conway. *Understanding International Law*. 1a. Ed. New Jersey/USA: Wiley-Blackwell, 2010, pp. 42-43.

¹⁷⁵ DAVIES, Norman. *God's Playground – A History of Poland. Volume II: 1795 to the Present*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2005, p. 11.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 6.

Conferência de Paris para a delimitação das fronteiras polonesas foi o órgão com mais sessões durante os trabalhos de paz¹⁷⁷.

Do ponto de vista das potências vencedoras, as diferentes visões sobre a nova Polônia justificavam linhas de ação divergentes para a delimitação do território polonês – os americanos insistiam em que a concessão somente alcançasse aqueles territórios em que a maioria da população fosse inequivocamente polonesa, os ingleses oscilaram entre a Grande Polônia, a Polônia medieval e uma Polônia reduzida e os franceses tentaram expandi-la sobre os territórios ocupados pelos alemães. Havia também divergências entre os pleiteantes. Os dois principais chefes políticos que disputavam a liderança da nova Polônia, Józef Piłsudski e Roman Dmowski, nomes já conhecidos desde a Revolução de 1905, também não estavam de acordo quanto a suas reivindicações.

Uma questão que tornava ainda mais complexos os debates sobre fronteiras era a saída para o mar demandada pelos políticos poloneses, que havia sido assumida por Wilson em seus catorze pontos¹⁷⁸. A criação do “corredor polonês”, uma saída para o mar que permitisse a entrada e a saída de produtos pelo Rio Vístula, era defendida com unhas e dentes por Piłsudski, que afirmava que a Polônia “não conseguiria respirar sem sua saída para o mar”¹⁷⁹.

Lloyd George, um realista por excelência, tinha receio de que o “corredor polonês” inviabilizasse a aceitação dos termos do tratado de paz pela Alemanha, ao causar perdas territoriais significativas e ao separar a Prússia Oriental dos centros de poder alemães, e de início se opôs a cessões territoriais. Em resposta a essas incertezas, o Comitê tentou seguir, nesse território, um traçado que incluía somente áreas com maioria de população polonesa, à exceção de Marienwerder, para a qual foi previsto um plebiscito, que, quando realizado em 1920, inseriu o território novamente na Prússia Oriental¹⁸⁰.

¹⁷⁷ MACMILLAN, Margaret. *Paris 1919: Six months that changed the world*. New York/USA: Random House, 2003, p. 207.

¹⁷⁸ A previsão da saída polonesa para o mar faz parte dos famosos “Catorze Pontos de Wilson” (1918), em seu décimo-terceiro ponto, assim redigido: “XIII. *An independent Polish state should be erected which should include the territories inhabited by indisputably Polish populations, which should be assured a free and secure access to the sea, and whose political and economic independence and territorial integrity should be guaranteed by international covenant*”. Disponível em: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/wilson14.asp. Último acesso em 10.11.2014.

¹⁷⁹ MACMILLAN, Margaret. *Op. cit.* p. 218.

¹⁸⁰ *Idem*, pp. 217-218.

Ao lado do “corredor polonês”, foi constituída uma área internacionalizada, a Cidade-Livre de Danzig (que equivale atualmente à cidade de Gdańsk), a qual continha a maior rede de infraestrutura da região, incluído um grande porto. A administração de Danzig dava-se pelo Alto Comissário da Liga das Nações, cargo que foi ocupado por dez diferentes nacionais de nações aliadas e neutras; contudo, a gestão das linhas férreas que ligavam a Cidade-Livre ao território polonês foi conferida à Polônia¹⁸¹, como importante ligação entre o porto e os centros econômicos e políticos do país¹⁸².

São várias as razões políticas que levaram a Liga das Nações a optar pela gestão internacionalizada da área, ao invés de entregá-la diretamente ao governo polonês – era importante conciliar a existência de larga maioria alemã (90% da população de Danzig era alemã) com os grandes interesses econômicos poloneses na região, manter a regularidade dos vários serviços (portuários, ferroviários e postais) ali prestados, proteger a minoria polonesa, tudo isso sem arredar pé de “porta-de-entrada” estratégica a ser mantida pelas potências vencedoras. Além disso, o lembrete de Lloyd George – a anexação de um território sem a maioria populacional do Estado favorecido seria um perigoso precedente – reverberou na mesa de debate com Wilson e Clemenceau, que resistiam ao avanço italiano sobre o Fiume com esses mesmos argumentos¹⁸³. A difícil gestão da Cidade-Livre foi objeto de grande atenção da Liga das Nações¹⁸⁴.

¹⁸¹ Artigo 104.3, da Seção XI, da Parte III, do Tratado de Versalhes (1919), assim redigido: “Article 104. The Principal Allied and Associated Powers undertake to negotiate a Treaty between the Polish Government and the Free City of Danzig, which shall come into force at the same time as the establishment of the said Free City, with the following objects: ... 3. To ensure to Poland the control and administration of the Vistula and of the whole railway system within the Free City, except such street and other railways as serve primarily the needs of the Free City, and of postal, telegraphic and telephonic communication between Poland and the port of Danzig”. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/partiii.asp> Último acesso em 10.11.2014.

¹⁸² Além disso, a experiência mostrava que a gestão organizada das rodovias era um ponto crítico para a manutenção da estabilidade nacional – as estradas de ferro eram o berço de rebeldia política. A Grande Greve Ferroviária de 1877, nos Estados Unidos; as Greves de 1903, na Holanda; a Greve Geral de 1905, na Rússia; a Grande Greve Ferroviária de 1910, na França; a Greve da Ferrovia Nacional de 1911, na Grã-Bretanha; em todos esses exemplos, greves e revoltas seriam disparados pela atuação dos ferroviários, que alcançariam a adesão de outras categorias profissionais e da população. No caso americano, o qual foi objeto de extensa pesquisa histórica, eram grandes os temores que a Grande Greve Ferroviária de 1877 lançou sobre os governantes, que, alertando para uma repetição da Comuna de Paris, reforçaram o cerco ao direito de greve (RODINONE, Troy. *The Great Industrial War: Framing Class Conflict in the Media, 1865-1950*. Newark/USA: Rutgers University Press, 2010, p. 53). Além da associação à Comuna de Paris, havia quem considerasse à época que essa greve nada mais era do que um trabalho da Primeira Internacional Socialista, objetivando a supressão de toda forma de governo e de toda liberdade pessoal (PINKERTON, Allan. *Strikers, Communists, Tramps and Detectives*. New York/USA: G.W. Carleton, 1878, p. 88).

¹⁸³ MACMILLAN, Margaret. *Op. cit.* p. 218.

¹⁸⁴ Em obra monumental, Zara Steiner afirma que o sucesso dessa estratégia dependeu em grande escala da habilidade política de Sir Eric Drummond, o primeiro Secretário-Geral da Liga das Nações, que, na gestão da Cidade-Livre, “desarmou situações que poderiam elevar as tensões entre Berlim e Varsóvia”. STEINER, Zara.

A controvérsia posta perante a Corte Permanente de Justiça Internacional surgiu no contexto da gestão ferroviária do trabalho de nacionais da Cidade-Livre de Danzig pelo Estado polonês, mais precisamente pela Administração Polonesa de Ferrovias.

Baseados em acordo de 22 de outubro de 1921, assinado entre a Cidade-Livre de Danzig e a Polônia – no qual se delineavam as questões empregatícias relevantes para a gestão ferroviária (*Beamtenabkommen*) –, os empregados das linhas férreas entraram, a partir de 1925, com ações nos tribunais de Danzig contra o Estado polonês, pleiteando dívidas e prestações pecuniárias. As cortes da Cidade-Livre condenaram, sistematicamente, a Polônia, que, em janeiro de 1926, emitiu declaração oficial instando o Senado da Cidade-Livre a recomendar que seus nacionais buscassem outros métodos para solucionar suas controvérsias e afirmando que não mais iria cumprir decisões dadas por tribunais de Danzig e embasadas no *Beamtenabkommen*, pois: (i) o acordo não teria sido devidamente internalizado e (ii) o acordo não seria aplicável a indivíduos por tribunais estrangeiros enquanto norma de direito internacional, que só vincularia os Estados-partes.

O Senado da Cidade-Livre, após tentativas frustradas de negociação, enviou pedido, em 27 de maio de 1926, com base no artigo 103 do Tratado de Versalhes¹⁸⁵, ao Alto Comissário da Liga das Nações, para que ele determinasse que a Polônia retirasse a declaração e para que ele reconhecesse que as cortes de Danzig tinham competência para julgar as demandas relacionadas ao *Beamtenabkommen*.

O Alto Comissário, em decisão de 8 de abril de 1927, acatou todos os argumentos poloneses. Ele considerou que os empregados somente poderiam demandar a Polônia em Tribunais de Danzig com base em contratos de trabalho celebrados na Cidade-Livre, pois esses seriam os instrumentos responsáveis por inaugurar a relação jurídica entre empregado e empregador. O *Beamtenabkommen*, por ser um tratado internacional, somente poderia criar uma relação jurídica entre Estados soberanos, e não diretamente em relação a indivíduos.

The Lights that Failed: European International History 1919-1933. Oxford/UK: Oxford University Press, 2005, p. 355. A frágil estabilidade de Danzig já começaria a ser erodida em 1925, com a fundação da primeira célula nazista da Cidade-Livre, por Hohnfeldt, em 21 de outubro (MÜHLBERGER, Detlef. *Hitler's Voice. Vol. I: Organisation & Development of the Nazi Party*. Berna/SUI: Peter Lang, 2004, p. 208). Assim, Danzig, embora independente, estava diretamente envolvida na política nacional-socialista alemã desde seus primórdios, ainda durante o período marginal do Partido Nazi (*Kampfzeit*). Nada mais natural que, já na década de 1920, a perseguição aos poloneses e sua hostilização por parte da maioria alemã fosse comum.

¹⁸⁵ É a redação do Artigo 103, também da Seção XI, Parte III, do Tratado de Versalhes (1919), no que interessa: "Article 103. (...)The High Commissioner will also be entrusted with the duty of dealing in the first instance with all differences arising between Poland and the Free City of Danzig in regard to this Treaty or any arrangements or agreements made thereunder." Para referências, ver nota *supra*.

Com base nisso, manteve a declaração polonesa. São estes os fundamentos da decisão do Alto Comissário:

Any claim for payment based on contracts, particularly claims for wages, pensions, half-pay and other grants under the contract, may form the subject of an action in the Danzig Civil Courts. (...)

The Senate also requests me to decide whether the position is the same in cases in which the claims for payment are based on the Agreement of October 22nd, 1921 (*Beamtenabkommen*), or on the declarations made in conformity with Article I of this Agreement.

The reply to this must be that such cases cannot arise. At law an official cannot found a claim for payment solely on the Agreement or the above-mentioned declarations.

In order to bring a personal and direct civil action against the Administration, the employee must be able to plead some provision in his contract. It is through the contract given by the Administration that the latter assumes responsibility towards the employee. The conditions of the contract can alone establish the legal relations between the official and the Administration. (...)

The Agreement of October 22nd, 1921, does not form part of the contract which establishes legal relations between the Administration and its employees. It is an international treaty concluded between two Governments, between two States, an international act which establishes reciprocal legal relations between governments. That is its only force.

It is a rule of law generally recognized in doctrine and in practice that international treaties do not confer direct rights on individuals, but merely on the governments concerned. Very often a government is obliged, under a treaty, to accord certain benefits or rights to individuals, but in this case the individuals do not themselves automatically acquire these rights. The government has to introduce certain provisions into its internal legislation in order to carry out the obligations into which it has entered with another government. Should it be necessary to insist on the carrying out or application of this obligation, the only Party to the case who can legally take action is the other government. That government moreover would

not institute proceedings in civil courts but would take diplomatic action or apply to the competent organs of international justice¹⁸⁶.

Em 12 de maio de 1927, a Cidade-Livre de Danzig apelou dessa decisão ao Conselho da Liga das Nações, que, antes de tomar sua decisão, solicitou opinião consultiva à Corte Permanente de Justiça Internacional quanto à decisão do Alto Comissário estar ou não bem-fundada, em 22 de setembro de 1927.

Desse modo, a questão suscitada para a Corte Permanente de Justiça Internacional no caso dos Empregados das Linhas Férreas de Danzig pode ser assim resumida: os empregados podem exigir verbas trabalhistas da Administração Polonesa de Ferrovias em tribunais de Danzig, com base no acordo empregatício entre a Polônia e a Cidade-Livre (e não nos contratos individuais de trabalho)?

A solução unanimemente apresentada pelo tribunal é, no mínimo, curiosa. A Corte Permanente de Justiça Internacional tenta conciliar ortodoxia com inovação, o que faz com que a tarefa de destrinchar e de sistematizar as afirmações nela contidas seja, por muitas vezes, bastante difícil.

Aliás, tanto é que essa opinião consultiva da Corte Permanente de Justiça Internacional seja, muito provavelmente, uma das decisões internacionais de mais difícil interpretação já proferida, que existem significativas divergências entre a maioria dos autores que se dedicaram a interpretá-la. Grandes juristas, como Hersch Lauterpacht e Dionisio Anzilotti, então Presidente da Corte, retiraram conclusões diametralmente opostas a partir da interpretação dos fundamentos da decisão – o primeiro chega a afirmar que há aí um reconhecimento expresso da possibilidade de os indivíduos serem sujeitos de direito internacional, enquanto o segundo inclui a decisão como uma reafirmação da concepção ortodoxa de que somente e exclusivamente os Estados eram sujeitos de direito internacional¹⁸⁷. O trecho mais importante da decisão, o qual parece oscilar entre as leituras de Lauterpacht e Anzilotti, é o seguinte:

¹⁸⁶ *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary claims of Danzig railway officials who have passed into the polish service, against the polish railways administration)*. 1928, PCIJ Series B, no. 15, Annex I, pages 30-31.

¹⁸⁷ Sobre essa divergência, ver: PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2010, pp. 68-69. Outros autores, como Wolfgang Friedmann, consideram a decisão um ponto intermediário na consolidação da subjetividade internacional dos indivíduos, a par dos avanços procedimentais criados pelos tratados de minorias. FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York/USA: Columbia University press, 1964, pp. 238-239.

The point in dispute amounts therefore to this: Does the *Beamtenabkommen*, as it stands, form part of the series of provisions governing the legal relationship between the Polish Railways Administration and the Danzig officials who have passed into, its service (contract of service)? The answer to this question depends upon the intention of the contracting Parties. It may be readily admitted that, according to a well-established principle of international law, the *Beamtenabkommen*, being an international agreement, cannot, as such, create direct rights and obligations for private individuals. But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts. That there is such an intention in the present case can be established by reference to the terms of the *Beamtenabkommen*. (...) The intention of the Parties, which is to be ascertained from the contents of the Agreement, taking into consideration the manner in which the Agreement has been applied, is decisive. This principle of interpretation should be applied by the Court in the present case.

The wording and general tenor of the *Beamtenabkommen* show that its provisions are directly applicable as between the officials and the Administration. (...) According to its contents, the object of the *Beamtenabkommen* is to create a special legal régime governing the relations between the Polish Railways Administration and the Danzig officials, workmen and employees who have passed into the permanent service of the Polish Administration. (...)

The Court therefore arrives at the conclusion that, in the intention of the contracting Parties, the relations between the Polish Railways Administration and the Danzig officials should be governed by the *Beamtenabkommen*¹⁸⁸.

O ponto de partida da decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, como se pode perceber no primeiro parágrafo transcrito, é a afirmação da ortodoxia na personalidade internacional. Normas de direito internacional, como o *Beamtenabkommen*, não podem ser diretamente aplicáveis a outros entes que não os Estados, os quais seriam os sujeitos exclusivos de direito internacional.

Com essa afirmação, um estrito dualismo é caracterizado como questão de princípio no direito internacional. Normas internacionais só criam direitos e obrigações diretamente

¹⁸⁸ *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary claims of Danzig railway officials who have passed into the polish service, against the polish railways administration)*. 1928, PCIJ Series B, no. 15, pages 17-21.

entre Estados – quaisquer direitos e obrigações só podem ser impostos sobre indivíduos com a incidência de uma norma interna. Os indivíduos deverão recorrer ao dispositivo doméstico, e não à norma internacional, para que sua pretensão seja acolhida.

Esse raciocínio, de início, parece corroborar a decisão do Alto Comissário da Liga das Nações, que, em sua *ratio decidendi*, incluiu afirmação bastante similar à da Corte Permanente de Justiça Internacional. Contudo, logo em seguida, a Corte toma direção contrária à decisão recorrida – e aí começa a inovação da opinião consultiva.

É certo que até uma perspectiva dualista estrita não proíbe que tratados prevejam direitos e obrigações a serem concedidos ou impostos sobre indivíduos. Contudo, tais previsões são inócuas em relação à obtenção de um resultado imediato. É nesse sentido que o Alto Comissário, ao se basear em um dualismo estrito, concluiu que as obrigações do *Beamtenabkommen* sobre os direitos dos empregados dependeriam de internalização, não sendo o tratado então o instrumento a estabelecer os direitos trabalhistas – este seria, inexoravelmente, um instrumento de direito interno.

A Corte Permanente de Justiça Internacional, porém, não segue a linha interpretativa que se esperaria de uma perspectiva dualista estrita (tal qual a assumida pelo Alto Comissário), passando a examinar a intenção das partes ao celebrarem o *Beamtenabkommen*. Sua conclusão é ainda mais distante dela: as partes desejam que as relações entre os empregados e a Administração Polonesa de Ferrovias sejam regidas diretamente pelo acordo, no que os Tribunais de Danzig têm competência para aplicá-lo no julgamento de questões trabalhistas.

Essa mudança de direção parece bastante contraditória, o que fica ainda mais evidente quando se comparam dois excertos bastante próximos na decisão. Em primeiro lugar, afirma-se que “the *Beamtenabkommen*, being an international agreement, cannot, as such, create direct rights and obligations for private individuals”, para, logo em seguida, adicionar-se que “The wording and general tenor of the *Beamtenabkommen* show that its provisions are directly applicable as between the officials and the Administration”.

Roland Portmann, ao estudar as obras de Anzilotti posteriores a essa decisão, resume os argumentos invocados pelo então Presidente da Corte Permanente de Justiça Internacional para defender a sistematicidade da decisão:

Anzilotti referred to the last paragraph of the opinion where the Court had declared that Poland could not rely on not having adopted the rules defined in the *Beamtenabkommen* in order to challenge the jurisdiction of the courts of Danzig. The fact that Poland was under obligation, pursuant to the *Beamtenabkommen*, to incorporate these rights into the employment contracts with the Danzig railway officials sufficed for the Court to regard them as applicable to individual claims¹⁸⁹.

Anzilotti considerava que a opinião consultiva não seria contraditória com a natureza exclusivamente estatal das regras de direito internacional, uma vez que o requisito da incorporação não teria sido abolido, mas teria sido satisfeito pela vontade das partes traduzida no tratado. Contudo, como bem nota Roland Portmann, esses fundamentos, embora resguardecam a “porta da frente” em relação à entrada de indivíduos, deixam a “porta dos fundos” aberta a eles¹⁹⁰. Se um tratado pode compensar ou substituir o requisito da incorporação, a estrutura do dualismo estrito é posta em questão, pois uma norma internacional pode, simultaneamente, instituir diretamente obrigações para Estados e para indivíduos. A ficção de Anzilotti, na qual o tratado é simultaneamente a causa mediata (pela previsão de direitos e deveres individuais) e a causa imediata (por internalizar a norma internacional) da criação de obrigações e de direitos para indivíduos, é uma construção doutrinária pouco sustentável.

Acredito que a tentativa de Dionisio Anzilotti de tentar enquadrar a opinião consultiva como uma situação especificamente condizente com uma perspectiva estritamente estatocêntrica não é fiel aos fundamentos adotados na decisão. Ao mesmo tempo, penso que a afirmação de Hersch Lauterpacht, no sentido de haver aí o reconhecimento pela primeira vez da possibilidade de os indivíduos virem a ser sujeitos de direito internacional em uma decisão de um tribunal de alcance universal, embora tenha seu fundo de verdade, é excessivamente otimista, uma vez que o direito internacional geral, tal como construído pelo tribunal, é ainda exclusivamente estatalista.

É certo que as incongruências existentes na decisão permitem que ela possa ser invocada para fundamentar uma ou outra concepção quando suas consequências são generalizadas. Entretanto, há diversas “pistas” na decisão quanto à intenção de que tal generalização não fosse feita.

¹⁸⁹ PORTMANN, Roland. *Op. cit.* p. 71.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 72.

O que é poucas vezes notado pelos analistas é que a argumentação contida na opinião consultiva é tal que a Corte Permanente de Justiça Internacional insiste na situação excepcional do caso em exame. São duas as principais ferramentas para tanto – a ideia de um *special régime* e a construção de um método interpretativo aplicável *in the present case*.

Em primeiro lugar, imediatamente após dar o passo largo de afirmar que o *Beamtenabkommen* seria diretamente aplicável entre a Administração Polonesa de Ferrovias e seus empregados, a Corte Permanente de Justiça Internacional consigna expressamente que as partes tiveram por intenção criar um regime especial por meio do acordo. Com essa ideia, a Corte quer resguardar a ortodoxia do dualismo estrito intacta, mas reservá-la ao direito internacional geral, que pode ser posto de lado em situações excepcionais¹⁹¹.

Trata-se de ferramenta argumentativa¹⁹² que viria a ser capitaneada novamente pelo Juiz Anzilotti, mas, sem sucesso, no julgamento sobre o Status Jurídico da Groenlândia Oriental. Nesse caso, o interesse em construir um regime especial estava ligado à questão de considerar o território como *terra nullius*, excluindo, porém, a possibilidade de acessão garantida pelo direito internacional geral. Para Anzilotti, a obrigação assumida pela Noruega, que se obrigava a não ocupar aquela área, tinha o condão de afastar o direito internacional geral referente ao regime da *terra nullius*, mas não era suficiente para considerar a Groenlândia Oriental como território ocupado. Em seu voto em separado, pode-se perceber claramente o recurso à ideia de um regime especial:

It is consequently on the basis of that agreement which, as between the Parties, has precedence over general law, that the dispute ought to have been decided. (...)

The Court could not have declared the occupation invalid, if the term "invalid" signifies "null and void". A legal act is only non-existent if it lacks certain elements which are essential to its existence. Such would be the occupation of territory belonging to another State, because the status of a *terra nullius* is an essential factor to enable the occupation to serve as a means of acquiring territorial

¹⁹¹ A ideia de que, no caso de um regime especial ou de um instrumento autocontido, o direito internacional geral seria afastado para assegurar uma limitação do escopo interpretativo está claramente consignada no voto divergente de André Weiss no caso Lotus: "But this Article 6 is not, according to Article 15 of the Convention of Lausanne, self-contained; it must, as regards relations between Turks and foreigners, be supplemented by, and read in the light of, *the principles of international law*" (*Case of the S.S. Lotus* (Dissenting Opinion by M. Weiss), 1927, PCIJ Series A, no. 10, at 41).

¹⁹² No próprio caso Wimbledon, já citado anteriormente, a Corte, antes de avançar o argumento de que o Canal de Kiel seguiria um regime comum de águas internacionalizadas, invocou o caráter autocontido do artigo 380 do Tratado de Versalhes. *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment of 17 August 1923). 1923, PCIJ Series A, no. 1, at 24.

sovereignty. But this does not hold good in the case of the occupation of a terra nullius by a sovereign State in conformity with international law, merely because the occupying State had undertaken not to occupy it¹⁹³.

Em segundo lugar, o próprio método interpretativo adotado pela Corte Permanente de Justiça Internacional é tal que a Corte afirma que as soluções alcançadas nesse caso não podem ser extrapoladas para outras hipóteses, o que é explicitado pela expressão *in the present case*.

Essa prática não é algo incomum na história da Corte Permanente de Justiça Internacional. Roman Kwiecień afirma que a adoção de uma interpretação concreta de tratados e de costumes é um traço comum de suas decisões:

The examination of the PCIJ's legacy shows that, on the one hand, the Court 'only' applied international law, and thus referred to the concrete interpretation of the law to 'the present case' exclusively¹⁹⁴.

A opinião consultiva da Jurisdição dos Tribunais de Danzig é especialmente interessante porque, em sua fundamentação, é possível identificar com mais exatidão como essa estratégia argumentativa, que se descreve como uma interpretação concreta, tem sua estruturação em concreto. Ou seja, o caso é uma excelente chave-mestra para se desvendar como a técnica interpretativa escolhida pela Corte alimenta sua intenção casuística.

Joost Pauwelyn e Manfred Elsig, em estudo no qual propõem que, ao invés de uma análise normativa sobre os métodos de interpretação de tratados, se faça um exame das causas e das consequências que a opção por um método específico tem sobre a jurisprudência de determinado tribunal, assim descrevem as três principais abordagens hermenêuticas abertas a um tribunal internacional:

Most interpreters agree that the task bestowed on them is to give effect to the intentions of the parties. In this sense, tribunals are the agents of the state-parties (principals) who created the tribunal. The next question is where a tribunal must look to find the intention of the parties. The first approach is to say that the best and most objective expression of intent can be found in the treaty text itself (...). The second approach is to argue that text is but one element and that the interpreter

¹⁹³ *Legal Status of Eastern Greenland*. 1933, PCIJ Series A/B, no. 53, page 94. Ver também: RUDA, José María. The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice. *European Journal of International Law*, vol. 3, n. 1, 1992, pp. 103-104.

¹⁹⁴ KWIECIEŃ, Roman. *Op. cit.*, p. 366.

needs to dig deeper to uncover the actual, subjective intentions of the parties, for example, by looking at the preparatory works of a treaty (...). The third approach is to focus not so much on the raw text or the subjective intentions of the drafters themselves, but on the underlying objectives these drafters were attempting to achieve – the so-called teleological approach (...). Thus, a tribunal's guiding star or dominant hermeneutic can be text, party intent or objective¹⁹⁵.

Como se pode perceber, a expressão “intenção das partes”, à qual a Corte faz referência – e que, desavisadamente, poderia parecer indicar uma perspectiva interpretativa subjetivista –, é somente o ponto de partida na identificação da abordagem hermenêutica. O que mais importa é sua complementação: o recurso probatório no qual o órgão decisório se embasa. Na opinião consultiva, a Corte, para comprovar a intenção das partes, não recorre à prova textual ou ao exame das condições de negociação, mas somente aduz o que seria o objetivo abstrato da Convenção – o qual constituiria um fim a ser alcançado. Com isso, a Corte Permanente de Justiça Internacional, na opinião consultiva, decanta-se pela terceira opção. A técnica interpretativa da Corte repousa sobre a interpretação teleológica dos tratados e tem por pressuposto a sistematicidade do instrumento, de modo a se considerar que o tratado é um conjunto harmônico que atende a determinada finalidade, um padrão que se repete também em várias outras decisões¹⁹⁶.

A estrutura do argumento é o seguinte:

- (i) Para proceder com a interpretação casuística, a Corte Permanente de Justiça Internacional fixa, inicialmente, o objetivo do instrumento, que é atribuído à vontade das partes ao criarem norma de direito internacional.
- (ii) Em seguida, a Corte apoia-se na finalidade do tratado assim desvendada para interpretar as expressões especificamente contidas nele, as quais são consideradas sistematicamente de modo a atenderem aos objetivos antes fixados, independentemente do contexto externo.

¹⁹⁵ PAUWELYN, Joost; ELSIG, Manfred. The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals. In: DUNOFF, Jeffrey; POLLACK, Mark. *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2012, p. 451.

¹⁹⁶ Na seção seguinte, exemplificarei que esse é o mesmo padrão hermenêutico adotado no caso das Comunidades Greco-Búlgaras. Como outro excelente exemplo, ver também: *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*. 1928, PCIJ Series B, no. 16, no qual a Corte claramente adota uma perspectiva teleológica, ao invocar o “espírito das cláusulas” (p. 18), o “espírito da Convenção” (p. 19) e “o espírito que subjaz todos os tratados relacionados à troca de populações gregas e turcas” (p. 24).

Tais elementos sistemático e teleológico estão presentes na opinião consultiva quando a Corte afirma basear sua interpretação (i) na redação e no teor geral do tratado e (ii) na intenção das partes¹⁹⁷. Ao abordar o tratado como um texto sistemicamente coeso que atende a determinado objetivo, a Corte Permanente de Justiça Internacional replica a concepção de sistemas especiais no campo da interpretação – as disposições de um tratado servem um propósito específico, que é definido pelas partes e consubstanciado sistematicamente no tratado¹⁹⁸.

As mesmas ferramentas argumentativas, com o recurso simultâneo (i) à qualificação de um tratado como um regime especial e (ii) à interpretação teleológica e sistemática desse mesmo tratado, estão presentes na decisão da Corte no caso da Troca de Populações Gregas e Turcas. Com essas técnicas, conseguiu-se dar efeito direto a cláusulas que dispõem sobre deveres e garantias de indivíduos e de minorias, independentemente de previsões do direito internacional geral e da legislação interna:

The application of Turkish and Greek law would probably have resulted in uncertainties, difficulties and delays incompatible with the speedy fulfilment always regarded as essential to the Convention under consideration. Moreover, it might well happen that a reference to Turkish and Greek legislation would lead to the division of the population being carried out in a different manner in Turkey and in Greece. This, again, would not be in accordance with the spirit of the Convention, the intention of which is undoubtedly to ensure, by means of the application of identical and reciprocal measures in the territory of the two States, that the same treatment is accorded to the Greek and Turkish populations. Nor is there any indication that the authors of the Convention, when they adopted the word which has given rise to the present controversy, had in mind national legislation at all. Everything therefore seems to indicate that, in regard to this point, the Convention is self-contained and that the Mixed Commission in order to

¹⁹⁷ Ole Spiermann afirma que é possível que a Corte Permanente de Justiça Internacional possa ter se decantado por essa opção diante da impossibilidade de se chegar a um consenso perfeito quanto ao significado natural das palavras usadas. SPIERMANN, Ole. *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: the Rise of the International Judiciary*, p. 272.

¹⁹⁸ A ênfase dada à intenção das partes, na aceção que a Corte Permanente de Justiça Internacional lhe concede, é criticada na revisão da jurisprudência da Corte feita pelo Juiz Manley Ottmer Hudson – quem considera que o teste deveria ser direcionado ao exame dos trabalhos preparatórios, e não em uma dedução “transcendental” dos objetivos do instrumento. Ver GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2008, pp. 59-60.

decide what constitutes an established inhabitant must rely on the natural meaning of the words as already explained.¹⁹⁹

A interpretação teleológica é uma forma interessante que a Corte encontrou para afastar, com base na própria vontade das partes, uma construção soberanista – se o direito internacional tem base voluntarista, até seus conteúdos mais reacionários podem ser flexibilizados. A Corte Permanente de Justiça Internacional, em vários casos, deixa de lado a discussão dos elementos estruturais da disciplina para concentrar-se em interpretar e aplicar o tratado sobre o qual se debruça²⁰⁰. Tem-se que, por meio da vontade das partes, o tratado pode afastar o direito internacional geral.

É na esteira do caso Wimbledon, que havia fixado a base voluntarista do direito internacional, que a Corte Internacional de Justiça flexibiliza no caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig a leitura de que o direito internacional é um sistema que se aplica exclusivamente entre Estados e para Estados, rompendo com o dualismo que havia antes afirmado. Também no caso da Troca de Populações Gregas e Turcas diz-se que:

The principal reason why the Turkish Delegation has maintained the theory of an implicit reference to local legislation appears to be that, in their opinion, a contrary solution would involve consequences affecting Turkey's sovereign rights. But, as the Court has already had occasion to point out in its judgment in the case of the *Wimbledon*, 'the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty'. In the present case, moreover, the obligations of the contracting States are absolutely equal and reciprocal. It is therefore impossible to admit that a convention which creates obligations of this kind, construed according to its natural meaning, infringes the sovereign rights of the High Contracting Parties²⁰¹.

É claro que, ao criar uma exceção ao direito internacional geral, qual seja, o efeito direto, e ao reconhecê-la como tal, a Corte Permanente de Justiça Internacional abre brechas que favorecem mudanças no direito internacional. Contudo, transparece sua intenção de tentar deixar tanto a “porta da frente” quanto a “porta dos fundos” fechadas, embasando-se em uma interpretação exclusivamente casuística e em um regime especial. Se o tribunal abre a “porta dos fundos” aos indivíduos, ele quer rapidamente fechá-la de novo.

¹⁹⁹ *Exchange of Greek and Turkish populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, article 2)*. 1925, PCIJ Series B, no. 10, at 20.

²⁰⁰ A interpretação teleológica, como lembra Richard Gardiner, acaba por levar à concretização de um princípio de efetividade em sentido mais geral. GARDINER, Richard. *Op. cit.* p. 189.

²⁰¹ *Exchange of Greek and Turkish populations (Lausanne Convention VI, January 30th, 1923, article 2)*. 1925, PCIJ Series B, no. 10, at 21.

O Caso dos Empregados das Linhas Férreas é muito provavelmente a melhor ilustração do cuidado com que a Corte tentou garantir a efetividade das soluções institucionais iniciadas no pós-guerra, sem perturbar a doutrina tradicional do direito internacional. Soluções heterodoxas haviam sido demandadas pela novidade dos casos, e a Corte Permanente de Justiça Internacional se apoiou em técnicas que asseguravam que elas fossem consideradas instrumentos juridicamente hígidos. Mas a Corte continuou a enquadrar os casos, na medida do possível, em um quadro ortodoxo. Para conciliar esses objetivos, recorreu a um exacerbado casuísmo. Contudo, por mais que o pretendesse, não conseguiu lacrar perfeitamente a “porta dos fundos”.

O caso das Comunidades Greco-Búlgaras

O Tratado de Neuilly-sur-Seine, o último dos três tratados assinados em 1919 em decorrência da Conferência de Paz de Paris, levou ao desmembramento da Bulgária, o menos conhecido dos Poderes Centrais, que perdeu cerca de 15% de seu território para a Romênia, o Reino dos Sérvios, Croatas e Eslovenos (o futuro Reino da Iugoslávia) e a Grécia.

Na ocasião da conclusão do Tratado de Neuilly-sur-Seine, foram assinados vários compromissos, entre os quais a Convenção referente a Emigrações Recíprocas entre a Grécia e a Bulgária, que entrou em vigor no dia 9 de agosto de 1920²⁰². Por ocasião deste acordo, foi instituída no mesmo ano, em conformidade com seu artigo 8º, uma Comissão Mista, com competência para executá-la e para resolver divergências sobre sua aplicação (artigo 9º)²⁰³.

²⁰² Várias previsões do Tratado de Neuilly-sur-Seine embasavam a celebração de acordos sobre populações. Os artigos 45 e 46 dispunham sobre a obrigação de a Grécia e a Bulgária protegerem os direitos de minorias e a propriedade de estrangeiros. O artigo 56 e 57, por sua vez, previam a obrigação de a Bulgária assinar tratado de migrações voluntárias e recíprocas com as forças aliadas e associadas, sob a garantia da Liga das Nações, o que viria a ser efetivado pela Convenção em questão. Senado dos Estados Unidos da América. *Peace Treaties: various treaties and agreements between the Allied and Associated Powers and the Serb-Croat-Slovene State, Roumania, Bulgaria, Hungary and Turkey*. Washington/EUA: Government Printing Office, 1921, pp. 64, 65 e 67. Disponível em: <https://archive.org/details/peacetreates00alli> Último acesso em: 21 de novembro de 2014.

²⁰³ Article 8. Within a period of three months from the entry into force of the present Convention, a Mixed Commission shall be created, composed of one member nominated by each of the contracting States concerned and of an equal number of members of a different nationality, from among whom also the president shall be chosen, who shall moreover be nominated by the Council of the League of Nations. Article 9. (...) In general, the Mixed Commission shall have full powers to take the measures rendered necessary by the execution of the present Convention and to decide all questions to which this Convention may give rise. The decisions of the Commission shall be by majority; the President shall have the casting vote. (*Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, Annex I, at 39.)

Desde sua criação, a Comissão Mista avaliou o alcance da Convenção, consolidando regras relativas à aplicação do tratado, no que dizia respeito à liquidação da propriedade individual e coletiva e à representação das comunidades nessa instância judiciária. Nessas regras, a Comissão Mista também interpretou o que a Convenção entenderia com as noções de “pessoas” e de “comunidades”.

Diante de incertezas quanto a certas cláusulas da Convenção referentes a comunidades, a Comissão Mista decidiu consultar os convenientes quanto ao sentido exato das obrigações instituídas no artigo 6.2 e no artigo 7º. A divergência entre os governos grego e búlgaro diziam respeito a dois pontos específicos. Em primeiro lugar, por inexistir disposição expressa no tratado, havia dúvida entre os governos quanto ao destino das verbas obtidas da liquidação dos bens comunitários, quando não se conseguisse individualizar a participação dos membros em sua composição. O governo búlgaro defendia que elas caberiam ao Estado da localização dos bens e o governo grego que elas deveriam ser repassadas ao Estado com o qual a comunidade mantivesse vínculos étnicos e religiosos. Em segundo lugar, enquanto o governo grego considerava que o tratado trazia elementos suficientes para sua aplicação, o governo búlgaro insistia em que a definição da natureza jurídica das comunidades, a criação das comunidades e a aquisição de propriedade por particulares e por comunidades deveria ser considerada com referência ao direito interno, por se tratar de questão referente ao estatuto pessoal desses grupos:

that with regard to the dissolution of communities and, in general, the exercise of the right to emigrate, the provisions of the Convention should prevail over laws and regulations of the country conflicting with them; but that in all questions concerning the substance of the law to be applied - the existence or constitution of communities, the nature, particulars and extent of rights to property which it is sought to assert in connection with emigration, the methods of establishing such rights, etc.,- the local legislation in force, under which these rights have been acquired or created, is alone applicable.

(...) that only property which is the subject of commercial exchange capable of private ownership and of being the subject of private rights, is liable to liquidation²⁰⁴.

Diante da impossibilidade de as partes chegarem a um acordo, o Presidente da Comissão Mista indicou que a melhor solução seria referir o caso à Corte Permanente de

²⁰⁴ *Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 15-16.

Justiça Internacional, a fim de se solicitar opinião consultiva. Após discussões, os governos concordaram em fazê-lo, com a ressalva de que, além da lista de quesitos apresentada pelo Presidente da Comissão, os dois governos poderiam anexar suas próprias questões, o que ambos fizeram – desse modo, o Conselho da Liga das Nações encaminhou três listas à Corte²⁰⁵.

Trata-se de caso fundamental não só por explicitar os conteúdos que estão por trás do conceito de minorias, mas, principalmente, por se tratar da única hipótese em que a questão da personalidade internacional de um sujeito não-estatal foi expressamente posta diante da Corte, por parte de pergunta expressa constante nas listas. De mais a mais, tendo em vista que a Corte já havia antes consolidado que somente Estados eram sujeitos de direito internacional e que o efeito das obrigações sobre sujeitos não-estatais era indireto, a posição búlgara parecia fazer sentido – afinal, comunidades e particulares eram sujeitos de direito interno, e somente poderiam adquirir direitos e obrigações a partir dele.

A decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, novamente, decantou-se pela posição que dava maior efeito ao direito internacional.

A fundamentação da opinião consultiva segue o modelo hermenêutico da interpretação concreta. Antes de responder às questões constantes nas diferentes listas, a Corte Permanente de Justiça Internacional recorreu à técnica da interpretação teleológica, fixando quais seriam os objetivos das partes ao celebrarem o acordo, que deveriam ser tomados em conta quando se interpretassem as obrigações por ele instituídas:

Before answering the questions put, the Court considers it necessary to recall the general purpose which the Greco-Bulgarian Convention of November 9th, 1919, respecting emigration, was designed to fulfil.

The Greco-Bulgarian Convention concerning emigration constitutes, according to its Preamble, the execution of Article 56, paragraph 2, of the Peace Treaty concluded the same day between the Allied and Associated Powers and Bulgaria. This article forms part of the provisions relating to the protection of minorities.

This shows the close relationship existing between the Convention and the general body of the measures designed to secure peace by means of the protection of minorities. (...)

²⁰⁵ *Idem*, at 13-14.

The general purpose of the instrument is thus, by as wide a measure of reciprocal emigration as possible, to eliminate or reduce in the Balkans the centres of irredentist agitation which were shown by the history of the preceding periods to have been so often the cause of lamentable incidents or serious conflicts, and to render more effective than in the past the process of pacification in the countries of Eastern Europe.

With these objects in view, the Convention not only lays down that the departure of persons wishing to emigrate is not to be hindered in any way, but also contains clauses designed to prevent the material losses which their emigration might entail upon them.

(...) without these clauses regarding property, there would have been hesitation in the reciprocal emigration desired by the Powers, and the permanent settlement of the former refugees would have remained a matter of uncertainty for lack of encouragement. The general purpose of the Convention would thus have been compromised.

Accordingly, the Convention does not confine itself to protecting the separate property of individuals (...), but also aims at securing for them, subject to certain conditions and formalities, the possibility of taking away with them the movable property and of receiving the value of the immovable property of the communities which are dissolved by reason of their emigration, collective property thus being assimilated to individual property²⁰⁶.

Os parágrafos acima copiados resumem um elemento-chave ao qual a Corte recorre em diversos momentos ao longo da opinião consultiva. Como o objetivo do tratado é facilitar a emigração voluntária, nenhuma de suas cláusulas, inclusive aquelas referentes à compensação pela perda de propriedade imóvel privada ou comunitária, deve obstar de qualquer forma a saída de populações interessadas em fazê-lo.

As conclusões da Corte podem ser assim resumidas:

- (i) Uma comunidade é um grupo de pessoas que vive numa mesma localidade e que está unido por um sentimento de solidariedade por seus membros compartilharem religião, raça, linguagem e tradição. Uma comunidade deseja perpetuar suas próprias tradições, manter forma própria de culto, assegurar que as crianças sejam criadas e instruídas nos seus costumes e tradições.

²⁰⁶ *Idem*, at 19-21.

Todos os membros da comunidade, assim como ela própria, estão dispostos a dar assistência a todos os seus integrantes. Uma comunidade é sempre composta por uma minoria étnica e religiosa, e é uma forma de organização política comum entre povos orientais, especialmente aqueles do Império Turco-Otomano²⁰⁷. Uma comunidade não se confunde com uma comuna, que é a organização político-administrativa adotada por certos Estados, independentemente do vínculo de pertencimento²⁰⁸.

- (ii) A existência e a criação de uma comunidade são questões de fato, e não de direito. Sua dissolução também o é: ela se dá pelo esgotamento de fato do vínculo de solidariedade, quando há a emigração de um número suficiente de membros que impede sua permanência. Assim, a Comissão Mista, ao declarar a dissolução de uma comunidade, só reconhece uma situação de fato, para efetivar as consequências previstas na Convenção²⁰⁹.
- (iii) Os emigrantes não são indenizados somente por seus bens particulares deixados para trás. Quando uma comunidade é dissolvida, sua propriedade é liquidada a pedido de seus membros que emigraram e rateada entre eles, inclusive aqueles que o fizeram antes da Convenção entrar em vigor²¹⁰ – eles são os únicos que podem reivindicar parcela da propriedade comunitária e dar início à liquidação²¹¹.
- (iv) As disposições do tratado não podem ser limitadas por nem dependem de disposições de direito interno que abordam a aquisição de propriedade ou que dão qualificações jurídicas próprias a comunidade ou particulares²¹².

A Corte, portanto, constrói as “comunidades” como uma forma específica de organização de fato de minorias, na qual o grupo mantém-se coeso e estabelece uma rede de serviços e de instituições paralelas à organização política estatal e independentemente da qualificação dada pelo direito interno.

²⁰⁷ *Idem*, at 21-22.

²⁰⁸ *Idem*, at 29.

²⁰⁹ *Idem*, at 23-24.

²¹⁰ *Idem*, at 32.

²¹¹ *Idem*, at 26-28.

²¹² O trecho mais conhecido dessa opinião consultiva aborda essa questão: “it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty.” (*Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 32).

O elemento mais interessante da opinião consultiva do ponto de vista de uma visão sistêmica sobre a personalidade internacional é que, embora as listas do governo grego e do governo búlgaro incluam referências e dúvidas quanto ao fato de as comunidades serem pessoas jurídicas ou terem personalidade jurídica internacional²¹³, a Corte Permanente de Justiça Internacional não aborda expressamente nenhum desses pontos, limitando-se a afirmar que uma comunidade surge e tem propriedade por uma questão de fato. Ainda quando inquirida diretamente quanto à natureza jurídica das comunidades e quanto a elas terem personalidade de direito, pela primeira pergunta grega²¹⁴, a Corte não fornece nenhuma resposta específica, remetendo à afirmação de que as “comunidades” são um conceito tradicional, o qual é incorporado no Convênio²¹⁵.

Desse modo, o argumento de excepcionalidade da Corte, formulado pelos métodos interpretativos próprios, parece ora ser reforçado por seu silêncio quanto à questão da personalidade jurídica. Se a Corte reconheceria direitos a minorias decorrentes de um instrumento internacional, ela não avaliaria os impactos disso sobre a doutrina da personalidade internacional.

O caso das Comunidades Greco-Búlgaras é especialmente ilustrativo no que diz respeito à visão de personalidade internacional da Corte Permanente de Justiça Internacional. Percebe-se da opinião consultiva a grande relutância que a Corte tem em usar a linguagem da subjetividade internacional, o que enfraquece, por muitas vezes, a sistematicidade de suas decisões. A Corte somente usa a perspectiva abstrata da personalidade internacional para se referir aos Estados, os quais são os únicos sujeitos que formam uma comunidade internacional. Em outras hipóteses, quando a Corte reconhece que outros agentes têm direitos

²¹³ *Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 6.

²¹⁴ “What is, in view of their origin and development, the nature of the communities referred to in Article 6, paragraph 2, and Article 7 of the Convention of Neuilly? Do they enjoy, in law or in fact, a personality which confers upon them some of the attributes of a moral person and in particular the right to possess a patrimony separate from that of their members?” (*Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 30).

²¹⁵ A resposta à primeira questão grega é: “The reply to this question has been given in paragraphs 1 and 2 of the reply to the first question of the Mixed Commission.” (*Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 35). Os dois primeiros parágrafos da resposta à primeira questão da Comissão Mista são os seguintes: “By tradition, which plays so important a part in Eastern countries, the “community” is a group of persons living in a given country or locality, having a race, religion, language and traditions of their own and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and rendering mutual assistance to each other. Nowhere is evidence to be found that the Greco-Bulgarian Convention of November 27th, 1919, regarding emigration intended, by some special stipulation, to depart in any of its provisions and particularly in Article 6, paragraph 2, from this general traditional conception.” (*Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 21).

ou obrigações concedidas por um tratado – o que equivaleria à perspectiva concreta da subjetividade internacional –, ela não o faz com a afirmação expressa da personalidade internacional, mas somente na linguagem de direitos e de deveres (e, com isso, tem de encontrar mecanismos de tergiversar o dualismo que ela mesma reconhece).

No caso da opinião consultiva das Comunidades Greco-Búlgaras, fica ainda mais claro que a Corte Permanente de Justiça Internacional não estava efetivamente se aferrando – como ela dera a entender nos casos que compõem o “quadro ortodoxo” – a uma concepção abstrata da personalidade internacional, uma vez que ela deixa a cargo da Comissão Mista a verificação da existência das minorias, com base em requisitos de fato flexíveis²¹⁶.

A personalidade na teoria, os direitos e os deveres na prática

A Corte Permanente de Justiça Internacional, como vimos no capítulo anterior, não possui ressalvas quanto à afirmação da ortodoxia no direito internacional, sancionando o sistema internacional como uma comunidade de Estados, e diferenciando o direito internacional do direito interno.

O compromisso doutrinário com a ortodoxia não faz com que a Corte Permanente de Justiça Internacional seja insensível diante das soluções inovadoras adotadas no pós-guerra para a gestão das populações, como o demonstra o já citado trecho da opinião consultiva no caso das “Comunidades Greco-Búlgaras”, no qual se associam as obrigações do tratado quanto à emigração voluntária de minorias aos objetivos políticos da pacificação europeia:

The general purpose of the instrument is thus, by as wide a measure of reciprocal emigration as possible, to eliminate or reduce in the Balkans the centres of irredentist agitation which were shown by the history of the preceding periods to have been so often the cause of lamentable incidents or serious conflicts, and to

²¹⁶ “The question whether, in deciding on the application of the Convention, a particular community does or does not conform to the conception described above is a question of fact which it rests with the Mixed Commission to consider having regard to all the circumstances.” (*Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 22). Essa decisão pode ser vista como mais um endosso da Corte à atuação das Comissões Mistas, cuja prática reiterada foi tomada como elemento fundamental para avaliar a segunda objeção no caso da Universidade Peter Pázmány (*Peter Pázmány University v. the State of Czechoslovakia*. 1933, PCIJ Series A/B, no. 61, at 243).

render more effective than in the past the process of pacification in the countries of Eastern Europe²¹⁷.

Quando a Corte é posta diante de questões em que tratados estipulam deveres e direitos a minorias, a indivíduos e a comunidades, ela dá o visto bom, na prática, a esses instrumentos. Em seu metiê, ela parece se distanciar da ortodoxia, aproximando-se, muito mais de uma concepção pragmática dos sujeitos de direito internacional, tal como definida por Hersch Lauterpacht:

International practice shows that persons and bodies other than States are often made subjects of international rights and duties; that such developments are not inconsistent with the structure of international law; and that in each particular case the question whether a person or a body is a subject of international law must be answered in a pragmatic manner by reference to actual experience and to the reason of the law as distinguished from a preconceived notion as to who can be subjects of international law.²¹⁸

Uma diferença, porém, é notável em relação à posição pragmática. A Corte Permanente de Justiça Internacional não formula seus argumentos em termos de sujeitos de direito internacional, mas em termos de sistemas convencionais de direitos e de obrigações: ela não fala a linguagem dos sujeitos, mas somente a linguagem dos direitos e dos deveres. Como vimos, ainda quando lhe é oferecida a oportunidade, a Corte não toma a iniciativa de desvincular a linguagem da subjetividade internacional da ortodoxia. A afirmação da subjetividade continua restrita aos Estados, no marco do caso *Lotus*.

Para manter a coerência de seu discurso doutrinário ortodoxo, a Corte Permanente de Justiça Internacional lança mão de duas técnicas, as quais permitem que os casos em exame sejam postos de lado em relação ao direito internacional geral: a interpretação teleológica e a construção dos tratados de minorias como regimes especiais. Assim, coexistem ortodoxia e inovação, cada uma em seu espaço próprio, como mundos paralelos, que não se cruzam.

Segundo Catherine Brölmann, o sistema de proteção de minorias fora propositalmente estabelecido de forma fragmentária, para que os tratados específicos somente atingissem as regiões no mapa europeu redesenhado e para que essas obrigações não se

²¹⁷ *Greco-Bulgarian "Communities"*. 1930, PCIJ Series B, no. 17, at 19.

²¹⁸ LAUTERPACHT, Hersch. *International Law and Human Rights*. Londres/UK: Stevens and Sons Limited, 1950, p. 12.

estendessem a todos os signatários da Liga das Nações²¹⁹. Se tomarmos por base essa opinião, a Corte teria efetivamente cumprido de forma bastante adequada com seu papel político, ao confirmar reiteradamente o casuísmo nas decisões relativas à proteção desses grupos – por meio da prevalência do direito internacional e da interpretação teleológica, que também segundo a autora, seriam duas características comuns ao *case law* nessa matéria²²⁰.

Dessa forma, ainda que materiais presentes nas decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional tenham sido posteriormente utilizados de forma construtiva para a defesa da expansão da personalidade internacional – a exemplo da já referida citação de Lauterpacht ao caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig, a qual foi retomada por vários autores do direito internacional dos direitos humanos e a exemplo do uso do conceito de “comunidades” formulado no caso decisão das Comunidades Greco-Búlgaras como elemento base no projeto da Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e a Proteção de Minorias²²¹, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que essa não era a intenção do tribunal. Tais como pronunciadas pela Corte, as decisões e as opiniões consultivas têm por interesse reconhecer, no caso concreto, direitos coletivos e individuais, sem que se questionasse o grande mapa da estrutura ortodoxa do direito internacional.

A caracterização de sua atuação como um esforço em efetivar a vontade dos Estados é, assim, a grande força propulsora da Corte na sua tentativa de albergar a inovação, e ao mesmo tempo, de tentar manter um pé firme no *Buchrecht*. Os direitos e as obrigações previstos nos tratados de minorias são tratados como *lex specialis*²²², de modo a se deixarem de lado discussões sobre a estrutura ortodoxa antes afirmada pela Corte. O casuísmo é uma

²¹⁹ “Taken together these stipulations are said to have constituted the first international system for minority protection. Importantly, that system did *not* set out general international rules”. (BRÖLMANN, Catherine. The PCIJ and international rights of groups and individuals. In: TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 128).

²²⁰ “Two further features of the case law of the Permanent Court on minority rights must be mentioned. (...) First, the Permanent Court has systematically confirmed the international character of minority rights and, by logical implication, their unconditional prevalence over the internal law of States. (...) A second characteristic of the Court’s reasoning is the conspicuous role of *effet utile* in the interpretation of provisions on minority protection. In practically every pertinent case the Court (...) used an accordingly ‘teleological approach’ for the interpretation of provisions – which at the time was far from habitual in treaty interpretation.” (*Idem*, pp. 136-137).

²²¹ “Even now, there is no generally agreed definition for the purposes of international law, but the legal definition of ‘minority’ most commonly used builds on the 1930 definition of the PCIJ. It was proposed by Special Rapporteur Capotorti in his 1979 study for the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (...)” (NIJMAN, Janne Elisabeth. Minorities and Majorities. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford/UK: Oxford University Press: 2014, p. 98).

²²² BRÖLMANN, Catherine. *Op. cit.* pp. 123-143.

solução imperfeita: se a vontade está autorizada a construir regimes especiais, é lógico que essa própria vontade pode destoar cada vez mais do regime geral.

A tentativa de construir uma heterodoxia seletiva gera incongruências nas decisões da Corte, como as afirmações no caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig. A simples referência ao casuísmo não é suficiente para dar consistência a sua argumentação. O resultado de todo esse processo é um distanciamento crescente entre o direito internacional do *Buchrecht*, caracterizado pela exclusividade dos Estados e por um dualismo rígido, e a própria realidade internacional, que parecia contradizer esses dois elementos e que era repetidamente ratificada pela Corte.

Se, por um lado, as técnicas e a argumentação da Corte apontavam para o interesse em se preservar a ortodoxia, por outro lado, as incongruências na fundamentação da Corte e o resultado prático de suas decisões apontavam para a mudança do estágio de desenvolvimento das relações internacionais – a estrutura ortodoxa do direito internacional não parecia ser um ponto suficientemente forte para arrear a vontade, já liberada e em expansão. O voluntarismo, incluído na soberania e antes tido como bastião da ortodoxia, era o principal agente a desgastar as próprias bases do *Buchrecht*. A Corte, com a interpretação teleológica e com a noção de regimes especiais, albergara o desenvolvimento progressivo embora afirmasse o contrário.

No próximo capítulo, avaliaremos como a vontade das partes é levada a consequências ainda maiores no contexto da criação e da atuação de novos órgãos internacionais estabelecidos entre Estados no pós-guerra, com poderes para aplicar e produzir direito internacional, cujas competências são examinadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional.

Capítulo Quarto – Esboçando organizações internacionais eficientes: A interpretação teleológica das competências e o direito da cooperação

No pós-guerra, além da construção do Sistema de Paris, outra importante inovação na ordem internacional foi efetivada. Na esperança de se favorecer a paz pelo desarmamento, pela cooperação e pelo arbitramento, foi criada a primeira organização internacional cujos

objetivos e cuja composição pretendiam alcançar todos os cantos do mundo: a Liga das Nações.

A própria Liga das Nações nasceu de um amálgama de concepções distintas sobre as funções da nova organização internacional. De um lado, as chancelarias francesa e inglesa pareciam favorecer a imagem da Liga como um fórum internacional em que se garantiria a coexistência pacífica, mas que, em último caso, dependeria da vontade individual de cada um dos Membros em todas as suas decisões. A perspectiva wilsoniana, por sua vez, concebia inicialmente a possibilidade de a organização determinar certas condutas contrariamente à vontade de certos Estados-Membros, e parecia ter saído vencedora das discussões na Conferência de Paris:

Neither had Wilson thought thorough what he meant by a League of Nations. The idea originated among British Liberals, especially Sir Edward Grey. Haunted by the utter failure of diplomacy to halt the slide to war in 1914, the British foreign secretary advocated a forum for international discussion that would require nations to talk before they fought. This minimalism version of the League was always the preference in London. But on that foundation Wilson built a more elaborate edifice (...). The British and the French governments went along (...) because it signified an unprecedented and vital American engagement in global affairs²²³.

A criação da Liga das Nações foi celebrada como um grande passo de toda a humanidade em direção a uma nova e mais justa era mundial em periódicos de todo o mundo²²⁴. As expectativas quanto à extensão dos poderes dessa organização na ordem internacional eram grandes, e ela era reputada como a petrificação da solidariedade entre os países. A ideia de se criar uma organização única para centralizar a solução de todos os problemas entre as nações civilizadas do mundo (uma “over-all agency”)²²⁵ teve tamanha repercussão que foi assentada no artigo 24 do Pacto da Liga. Contudo, a defecção inicial do

²²³ REYNOLDS, David. *The Long Shadow: The Legacies of the Great War in the Twentieth Century*. Nova Iorque/EUA: W.W.Norton & Company, 2014, p. 38.

²²⁴ Como exemplos de notícias, os seguintes periódicos, cujas páginas estão disponíveis em arquivos digitais: “League of Nations Born; New World Era is Seen”. Filadélfia/EUA: *Evening Public Ledger*, 16 de janeiro de 1920, vol. 6, no. 106, p. 1. Disponível em: <http://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83045211/1920-01-16/ed-1/seq-1/#words=league+leaguings+nations&date1=01%2F15%2F1920&date2=01%2F17%2F1920&searchType=advanced&sequence=1&proxdistance=5&rows=20&ortext=&proxtext=league+nations&phrasertext=&andtext=&dateFilterType=range&index=3> Último acesso em: 02.01.2015. “Finalmente, a Paz”. Rio de Janeiro: *O Paiz*, 12 de janeiro de 1920, ano 36, no. 12.877, p. 1. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_05&pasta=ano%20192&pesq= Último acesso em: 02.01.2015.

²²⁵ SWEETSER, Arthur. *The Framework of Peace*. In: DAVIS, Harriet. *Pioneers in World Order: An American Appraisal of the League of Nations*. Freeport/EUA: Books for Libraries Press, 1980, p. 15.

maior patrocinador do projeto universalista fez com que essa ideia tivesse pouca repercussão prática.

Wilson tinha abraçado as propostas da *League to Enforce Peace*, fundada em 1915 e capitaneada por várias grandes personalidades norte-americanas como Elihu Root e William Taft, para a construção de um sistema centralizado de direito e de uso da força que evitasse a repetição de um novo conflito mundial²²⁶. Contudo, o que houve a partir de 1919 foi o gradual esvaziamento dessas propostas. Se antes se considerava que os idealistas iriam comprovar que seu projeto era viável, o resultado final foi a criação de um mecanismo extremamente realista, com ênfase na concertação política.

O próprio enquadramento jurídico da liga das Nações²²⁷ trazia dúvidas para os analistas. Harold Laski, ao editar *A Grammar of Politics*, obra de referência da ciência política durante o entreguerras, reconsiderou sua posição original de 1922 após a publicação da segunda edição, em 1929. Após anos de prática, o autor afirmaria que a Liga das Nações não seria uma organização internacional com competências próprias de um super-Estado, mas somente uma organização que auxiliaria os Estados a alcançarem soluções concertadas, as quais ainda estariam no campo de atribuições próprias dos entes soberanos no momento de sua concretização²²⁸.

A oscilação entre as funções pretendidas para a Liga das Nações durante as discussões de paz e as funções efetivamente definidas e exercidas pela organização parecem justificar o avanço do pessimismo²²⁹ quanto a sua configuração jurídica ao longo do entreguerras – a ideia de uma estrutura federal, que era defendida de início, foi gradualmente diluída em favor de uma configuração menos extensa de competências, que envolvia alcances diferenciados em áreas e em órgãos distintos.

²²⁶ ELLIOTT, Charles. The Proposed League of Nations. Minneapolis/EUA: *Minnesota Law Review*, Vol. 3, 1918-1919, pp. 20-36.

²²⁷ Sobre o qual, infelizmente, a Corte Permanente de Justiça Internacional, diferentemente de sua continuadora, não teria a oportunidade de se manifestar.

²²⁸ Ver o *Preface to the Second Edition*, em: LASKI, Harold. *A Grammar of Politics*. Londres/UK: George Allen & Unwin, 1980 (página não numerada).

²²⁹ Alguns exemplos são dados por James Crawford: Lassa Oppenheim, que em 1911 celebrara a ideia de uma liga solidária entre os Estados, em 1918 já constatava que a nova organização internacional ainda em discussão não alcançaria nenhum caráter federal; Hersch Lauterpacht, apesar de apoiar a ideia de um federalismo mundial, considerou que a Liga das Nações não era um ponto de consolidação. (CRAWFORD, James. *Public International Law in Twentieth-century England*. In: BEATSON, Jack; ZIMMERMAN, Reinhard (eds.). *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2007, p. 683).

O abandono da tese federalista teria impactos doutrinários significativos. Afastada a viabilidade da super-estatalidade, uma construção teórica baseada na analogia estatal tornava-se impossível. O Pacto da Liga das Nações perdera sua ideia constitucional e a Liga das Nações caíra de seu pedestal, aproximando-se de outras iniciativas de organização internacional que já a antecederam. Ao invés de se considerar esse órgão como uma grande ruptura, abria-se o caminho para que os esforços de institucionalização passados e pretéritos fossem compreendidos como um reforço crescente da cooperação no ambiente internacional. Desse modo, as competências e os poderes constituídos pelos tratados constitutivos viriam a ser a base do novíssimo direito das organizações internacionais.

Os casos referentes à OIT

A importância da OIT nos primeiros anos do pós-guerra é inequívoca, e grandes esforços foram movidos pelos representantes dos Estados signatários para que as negociações nas Conferências Internacionais do Trabalho avançassem. A organização já obtinha resultados imediatos, e, em menos de dois anos de existência, 16 Convenções e 18 Recomendações já tinham sido aprovadas²³⁰.

As razões para o sucesso da OIT são variadas. Não só ela se apoiara em um contexto ideológico favorável, no qual se dera a disseminação do pensamento de esquerda e a presença crescente das uniões de trabalhadores em ambientes políticos, como o próprio trabalhismo era visto com bons olhos pelos governos das grandes potências como consequência do avanço da civilização e como forma de se evitar a revolução.

The covenant (...) also established the International Labour Organization to work for international standards on working conditions.

This was something middle-class reformers, left-wing parties and unions had long wanted. (...) The Bolshevik revolution helped to work a miraculous change of attitude among the Western ruling classes. The workers, even in the victorious democracies, were restless. Who knew how far they would go down the path toward revolution? European labor representatives were threatening to hold a conference in Paris at the same time as the Peace Conference, with delegates from

²³⁰ Organização Internacional do Trabalho. *Origins and History*. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm> Último acesso em: 28.12.2014.

the defeated nations as well as the victors. (...) Lloyd George and Clemenceau both thought that a clause on labor in the covenant of the League would be very helpful in calming their workers down. In any case, their own political learnings, like Wilson's, made them sympathetic to the labor movement, at least when it steered clear of Revolution²³¹.

Quando a Corte Permanente de Justiça Internacional é finalmente criada em 1922, atendendo ao artigo 14 do Pacto da Liga das Nações, várias disputas sobre a atuação da OIT já haviam surgido e esperavam por solução. Assim, ainda no primeiro ano de existência da Corte, o Secretário-Geral da Liga das Nações, em cumprimento a resoluções adotadas pelo Conselho da Liga, encaminhou três pedidos de opinião consultiva ao tribunal, que foram julgados ainda em 1922²³². Além dessas, outras três opiniões consultivas referentes à OIT viriam a ser julgadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional²³³.

O primeiro dos casos julgados (opinião consultiva no. 1) não tem grande importância para as finalidades deste trabalho, por somente trazer questão referente à nomeação de representantes laborais, no que se questionava a legalidade do sistema de rodízio instituído pelo governo holandês para tentar dar representatividade a maior parte dos empregados do país. Tampouco tratarei do caso da possibilidade de a Cidade-Livre de Danzig se associar à OIT (opinião consultiva no. 18). Embora o caso tenha relevância para a questão da personalidade internacional de entes políticos dependentes, o exame da Corte não embrenha diretamente no exame da natureza jurídica do território internacionalizado, e a solução nele desenhada se enquadra sem maiores problemas em um paradigma ortodoxo, uma vez que o elemento determinante invocado para se afirmar que a Cidade-Livre não poderia integrar a OIT é o fato de não ter capacidade para manter relações exteriores, por força do Tratado de Versalhes.

Todas as demais decisões, as quais abordam os limites de atuação da OIT, dão algumas pistas para a compreensão de como a Corte enquadra essa organização na estrutura do direito internacional de então. Contudo, diante da inexistência de referências

²³¹ MACMILLAN, Magaret. *Op. cit.* pp. 94-95.

²³² *Designation of the Workers' Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference*. 1922, PCIJ Series B, no. 01 ; *Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture*. 1922, PCIJ Series B, no. 02 ; *Competence of the ILO to Examine Proposal for the Organization and Development of the Methods of Agricultural Production*. 1922, PCIJ Series B, no. 03.

²³³ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*. 1926, PCIJ Series B, no. 13; *Free City of Danzig and ILO*. 1930, PCIJ Series B, no. 18 ; *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*. 1932, PCIJ Series A/B, no. 50.

verdadeiramente conclusivas, me limito a propor algumas derivações a partir de afirmações da Corte, assim como contrastá-las com a perspectiva ortodoxa desenhada nas decisões-chave às quais me referi no capítulo segundo.

O Tratado de Versalhes, em sua Parte XIII (artigos 387-427), a qual foi incorporada sem nenhuma alteração aos demais tratados de paz, determinou a criação de um organismo internacional associado à Liga das Nações com funções amplas, cujo “but élevé” seria garantir “le bien-être physique, moral et intellectuel des travailleurs salariés”²³⁴.

A primeira dúvida posta à Corte sobre as competências da OIT (opinião consultiva no. 2) dizia respeito aos próprios termos do Tratado de Versalhes. O governo francês se manifestara contrariamente à inclusão na pauta da Terceira Conferência Internacional do Trabalho de discussões referentes a trabalhadores agrícolas, rejeitando todos os pontos da agenda que diziam respeito a essa matéria. Apresentada a negativa francesa aos demais signatários, para a possibilidade de reinserção em pauta, somente uma parte da agenda conseguiu atingir o requisito de dois terços de votos a favor da reconsideração. Em havendo dúvidas a respeito da situação, apresentou-se minuta de resolução ao Conselho Liga das Nações, a qual foi aprovada, encaminhando-se o pedido de opinião consultiva à Corte.

O governo francês se embasara na inclusão da qualificação “industrielle(s)” e do substantivo “industrie” em vários artigos do Tratado de Versalhes, entre eles o próprio artigo 427, que dispunha sobre os princípios a serem adotados pelo futuro organismo internacional. O governo francês afirmara em memorial que uma interpretação restritiva da expressão deveria ser adotada, de modo a se minimizar a cessão de soberania. A conclusão deveria ser em favor de uma aceção restrita da expressão: a indústria em oposição à agricultura.

A peça do Bureau Internacional do Trabalho resgatou os trabalhos preparatórios da Parte XIII do Tratado de Versalhes e da Primeira Conferência Internacional do Trabalho, concluindo que nenhuma das chancelarias, naquelas oportunidades, teria se oposto à extensão da competência da organização sobre o trabalho agrícola, o que inclusive seria expressamente reconhecido em sumários e notas oficiais²³⁵.

²³⁴ Artigo 427 do Tratado de Versalhes, cujo texto é idêntico ao artigo 372 do Tratado de Saint-Germain, ao artigo 355 do Tratado de Trianon, ao artigo 289 do Tratado de Neuilly-sur-le-Seine e ao artigo 414 do Tratado de Sèvres. O texto da Parte XIII está disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles13.htm> Última consulta em: 02.01.2015.

²³⁵ *Documents relating to Advisory Opinion No. 2*, PCIJ Series C, no. 01/06, at 463-476.

A primeira afirmação da Corte ao enfrentar o mérito da questão é no sentido de a delimitação da competência da OIT depender de uma interpretação sistemática do tratado, e não de uma mera interpretação literal de trechos desconectados, como a peça francesa propusera. Quanto ao argumento referente à interpretação restritiva, a Corte dá preferência à linguagem do instrumento em detrimento de uma presunção a favor da soberania; contudo, não despreza totalmente esse argumento, com as seguintes palavras, as quais seriam repetidas pela Corte em outra opinião consultiva²³⁶:

It was much urged in argument that the establishment of the International Labour Organisation involved an abandonment of rights derived from national sovereignty, and that the competence of the Organisation therefore should not be extended by interpretation. There may be some force in this argument, but the question in every case must resolve itself into what the terms of the Treaty actually mean, and it is from this point of view that the Court proposes to examine the question²³⁷.

A solução do caso, como era de se esperar da forma em que a Corte situou a questão, seguiu a proposta do Bureau, considerando-se que a Parte XIII, tomada como um todo, indicava o significado mais amplo das expressões “industrie” e “industrielle(s)”.

Though used in a restricted sense in opposition to agriculture, in their primary and general sense they include that form of production. At the present day the adjective is, especially in French, most commonly used in relation to the arts or manufactures, and would ordinarily be so understood, unless the context indicated that it was to be interpreted otherwise²³⁸.

É interessante notar que, na opinião consultiva no. 2, a Corte parece relutante em se manifestar sobre a natureza da relação da organização com seus Estados-membros. Embora a Corte tenha dado prevalência à interpretação efetiva do instrumento, em detrimento da interpretação restritiva, estratégia essa que viria a se repetir em suas decisões futuras; pode-se perceber que o tribunal não rejeita *in totum* a interpretação restritiva nem deixa claro se acolhe ou não a descrição da criação de uma organização internacional como uma cessão de soberania. Esses argumentos, em um primeiro momento, parecem ser “deixados no bolso”,

²³⁶ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*. 1926, PCIJ Series B, no. 13, at 22.

²³⁷ *Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture*. 1922, PCIJ Series B, no. 02, at 23.

²³⁸ *Idem*, at 35.

para que, se necessário, eventualmente pudessem ser recuperados – trata-se de um primeiro passo cauteloso do tribunal.

No segundo caso referente às competências da OIT (opinião consultiva no. 3), uma questão complementar à antecedente fora posta para a Corte: entrava no círculo de competências da organização a capacidade de disciplinar questões referentes à organização e ao desenvolvimento de métodos de produção agrícola?

Novamente, a Corte fixou o texto do instrumento como ponto de partida para a definição das competências da organização internacional. Pela primeira vez, ela ressaltou que o tratado é a fonte de todos os poderes e da própria existência da organização.

(...) the consideration of other questions of like character, fall within the competence of the International Labour Organisation, must likewise depend entirely upon the construction to be given to the same treaty provisions from which, and from which alone, that Organisation derives its existence and its powers²³⁹.

A referência à existência e aos poderes da organização não permite conclusões cabais, mas pelo menos comporta a exclusão de algumas concepções. Em primeiro lugar, a admissão de que a organização criada pelo tratado teria existência indica que a Corte, pelo menos, não exclui a possibilidade de que Estados criem mecanismos permanentes para articular seus interesses, embora isso não signifique ainda que esses mecanismos possuem uma existência própria e separada dos signatários. Além disso, a referência ao fato de a organização retirar sua existência exclusivamente do tratado elimina a ingerência de elementos externos à vontade dos signatários para a sua existência – bastaria, para sua criação, o concurso de vontades dos Estados especificamente envolvidos.

A solução desenhada pela Corte avança ainda mais a compreensão sobre a amplitude das competências das organizações internacionais. A OIT tem competência para tomar todas as medidas relacionadas com seu grande objetivo convencional, que é “the amelioration of the lot of the workers and the adoption of humane conditions”²⁴⁰, ainda quando essas matérias envolvam incidentalmente consequências sobre outros campos²⁴¹. O que a organização não pode é disciplinar questões que não tenham nada a ver com seus objetivos de

²³⁹ *Competence of the ILO to Examine Proposal for the Organization and Development of the Methods of Agricultural Production*. 1922, PCIJ Series B, no. 03, at 53/55.

²⁴⁰ *Idem*, at 57.

²⁴¹ *Idem*, at 59.

criação, como, por exemplo, questões que digam respeito ao aumento da produtividade agrícola de *per se*. Dessa forma, a organização não teria competência para disciplinar diretamente os métodos de produção agrícola, mas teria competência para disciplinar essas questões na medida em que impactassem sobre as condições de vida dos trabalhadores.

Na terceira questão alçada à Corte (opinião consultiva no. 13), que surgira de um protesto comum dos representantes dos empregadores na OIT²⁴², retomam-se os problemas já discutidos nos casos anteriores quanto à competência direta e incidental da organização, mas agora em outro contexto: tratava-se de saber se ela poderia, ao disciplinar questões que dissessem respeito à proteção de certas categorias de trabalhadores assalariados, também tratar incidentalmente do trabalho do patrão.

Em primeiro lugar, tendo em vista a argumentação já adotada na opinião consultiva no. 3, não é de se espantar que a Corte tenha basicamente reiterado a fundamentação anterior – a questão dos limites da regulamentação incidental já havia sido abordada pela Corte naquela oportunidade. A questão invocada em sede da opinião consultiva no. 13 já parecia ter sido encaminhada ao Tribunal “pré-decida”. Assim, o trecho que melhor sintetiza a *ratio decidendi* é:

It follows, therefore, from the reasoning cited from Opinion No. 3 that, if it is assumed for the purpose of the argument that the competence of the International Labour Organization is limited to the work of the wage-earner, the Organization is not excluded from proposing regulations for the protection of wage-earners because such regulation may have the effect of regulating at the same time and incidentally the work of the employer²⁴³.

Apesar de a opinião consultiva não acrescentar afirmações inovadoras à compreensão do alcance das competências das organizações internacionais em geral, há nesse caso discussões interessantes sobre o impacto que a estrutura específica da organização internacional traria à delimitação de suas competências, no que a Corte parece sugerir que, quanto maior a desvinculação do mecanismo da vontade das partes, mais cuidados deve-se ter

²⁴² O caso concreto que deu azo às dúvidas encaminhadas à Corte foi o projeto que viria a se converter na Convenção OIT no. 20, atualmente arquivada, que proibia o funcionamento de padarias à noite, tanto limitando o trabalho tanto de funcionários quanto de patrões. O texto da Convenção está disponível em: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312165. Último acesso em: 02.01.2015.

²⁴³ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*. 1926, PCIJ Series B, no. 13, at 21.

relativamente a uma interpretação expansiva, a qual poderia contrariar os objetivos voluntariamente definidos.

Quanto a isso, é especialmente interessante contrastar como a Corte, o Bureau Internacional do Trabalho e a Organização Internacional dos Empregadores Industriais retiram conclusões distintas a respeito do impacto que as regras de funcionamento da organização internacional – previstas nos artigos 400 a 423 do Tratado de Versalhes – exerceriam sobre a conformação das competências da OIT.

No discurso do representante dos empregadores, defendeu-se que a competência de uma organização internacional não deveria ser interpretada de forma ampla, por se tratar de competência delegada, devendo-se ter em vista em primeiro lugar os interesses dos Estados, detentores da competência primordial. Essa construção seria ainda mais clara no caso da OIT, dado que a previsão de mecanismo de emenda no artigo 422 do Tratado de Versalhes²⁴⁴, o qual poderia ser iniciado por projeto do Bureau Internacional do Trabalho, justificava que a própria organização solicitasse a extensão de seus poderes e de seus meios de execução quando verificasse que seus atos pudessem, na prática, ir além do mandato²⁴⁵. A facilidade de revisão, dessa forma, justificaria uma interpretação restritiva do próprio mandato.

No discurso do Bureau Internacional do Trabalho, por sua vez, deu-se especial ênfase à forma de adoção das resoluções e das convenções estipulada no parágrafo primeiro do artigo 405 do Tratado de Versalhes²⁴⁶, a qual depende, no primeiro caso, de complementação pela legislação interna e, no segundo caso, de ratificação específica. Parece ser possível depreender-se da peça que, como as iniciativas de regulamentação da OIT dependem da aprovação dos signatários em todos os casos, isso equivaleria, na prática, a um controle dos limites de sua competência – desse modo, a organização nunca conseguiria

²⁴⁴ É o texto: « Article 422. Les amendements à la présente partie du présent traité, qui seront adoptés par la Conférence à la majorité des deux tiers des suffrages émis par les délégués présents, deviendront exécutoires lorsqu'ils auront été ratifiés par les États dont les représentants forment le Conseil de la Société des Nations et par les trois quarts des membres. » Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles13.htm> Último acesso em 02.01.2015.

²⁴⁵ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer (Speeches Made and Documents Read in Court)*. PCIJ Series C, no. 12/04, at 26-27.

²⁴⁶ É o texto: « Article 405. Si la Conférence se prononce pour l'adoption de propositions relatives à un objet à l'ordre du jour, elle aura à déterminer si ces propositions devront prendre la forme: a) d'une «recommandation» à soumettre à l'examen des membres, en vue de lui faire porter effet sous forme de loi nationale ou autrement; b) ou bien d'un projet de convention internationale à ratifier par les membres. » Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles13.htm> Último acesso em 02.01.2015.

efetivar algo que não contasse com o suporte da vontade dos Estados²⁴⁷, sendo desnecessária a interpretação restritiva de seus poderes.

A opinião consultiva da Corte, por sua vez, não deu especial atenção a nenhum dos mecanismos invocados nos discursos, apesar de sua manifestação se aproximar muito mais da posição defendida pelo Bureau Internacional do Trabalho. O tribunal dá ênfase ao artigo 402 do Tratado de Versalhes²⁴⁸, o qual dispõe sobre o procedimento de rejeição dos itens da agenda. Nesse contexto, a Corte parece minimizar a importância da solução judicial dos conflitos de competência da OIT, uma vez que as competências da OIT foram deliberadamente estipuladas de forma amplíssima – quase tudo poderia ser abstratamente disciplinado por ela. Quiçá como sugestão futura para que a Corte não recebesse novamente casos “previamente decididos”, o tribunal ressaltou que o próprio tratado já previu mecanismo próprio para que os signatários pudessem controlar a organização e evitar sua atuação *ultra vires*.

The terms in which the objects committed to the International Labour Organization are stated are so general that, as the Court remarked in its second Advisory Opinion, "language could hardly be more comprehensive"; but it must be observed that the Treaty itself provides a way by which objection may be made to the inclusion of a particular matter in the Organization's activities. (...) The agenda (...) must (...) be transmitted to the governments, and any government may object to the inclusion of any item. Items to which objection is thus made are excluded unless (Article 402) the Conference shall, by two-thirds of the votes cast by the delegates present, decide to include them in the agenda for the following meeting. (...)

Thus, wholly apart from the reference of any question or dispute to the Court (Article 423), the Treaty provides the means of checking any attempt on the part of the Organization to exceed its competence. In this way the High Contracting

²⁴⁷ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer (Speeches Made and Documents Read in Court)*. PCIJ Series C, no. 12/04, at 54.

²⁴⁸ É o texto: « Chacun des gouvernements des membres aura le droit de contester l'inscription, à l'ordre du jour de la session, de l'un ou plusieurs des sujets prévus. Les motifs justifiant cette opposition devront être exposés dans un mémoire explicatif adressé au directeur, lequel devra le communiquer aux membres de l'organisation permanente. Les sujets auxquels il aura été fait opposition resteront néanmoins inclus à l'ordre du jour si la Conférence en décide ainsi à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés par les délégués présents. Toute question au sujet de laquelle la Conférence décide, à la même majorité des deux tiers, qu'elle doit être examinée (autrement que prévu dans l'alinéa précédent), sera portée à l'ordre du jour de la session suivante. » Disponível em: <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles13.htm> Último acesso em 02.01.2015.

Parties have taken precautions against any undue extension of the sphere of activity indicated by the Preamble²⁴⁹.

As diversas inter-referências da Corte entre suas opiniões consultivas concernentes à competência da OIT põem em evidência que o tribunal assume uma linha de raciocínio unitária nesses casos²⁵⁰. Percebe-se de sua manifestação que as atribuições da organização deveriam ser interpretadas em consonância com os termos do tratado, assegurando-se a ela competência para reger todas as situações que pudessem favorecer seu objetivo de criação. Assim, embora as organizações internacionais dependessem da vontade das partes para sua criação, o instrumento constitutivo não deveria ser interpretado restritivamente. A Corte assegurou máxima efetividade à vontade das partes, sem presunções em favor da retenção da soberania individual, constatando que o controle da atuação da organização internacional se daria principalmente na arena política, no marco dos mecanismos instituídos nos tratados de criação e de funcionamento.

Outra referência interessante da decisão diz respeito à descrição da atuação da OIT como uma cooperação com os Estados-membros, no momento em que o tribunal afirma que os signatários teriam claramente pretendido dar à organização “a very broad power of co-operating with them in respect of measures to be taken in order to assure humane conditions of labour and the protection of workers”²⁵¹. Como vimos, a ideia de um direito da cooperação não era estranha à perspectiva ortodoxa, mas a referência às organizações internacionais como partícipes nessa cooperação era certamente estranha a essa perspectiva. Na prática, o tribunal parecia admitir que esses organismos estavam crescentemente envolvidos nos rumos da ordem internacional.

Além disso, pode-se vislumbrar outro avanço a partir dessa afirmação. O fato de a organização cooperar com os Estados, e não somente de seus signatários cooperarem por meio dela, parece fazer com que a singela afirmação de sua existência (opinião consultiva no. 3) pendesse para o reconhecimento de uma configuração crescentemente independente, distinta de um mero “fórum de articulação de Estados”. Esse pareceria ser ainda mais o caso

²⁴⁹ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*. 1926, PCIJ Series B, no. 13, at 17-18.

²⁵⁰ O que viria a ser ainda mais evidenciado na opinião consultiva no. 25, na qual há referências a todas as outras opiniões consultivas antes citadas. *Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night*. 1932, PCIJ Series A/B, no. 50, at 374-375.

²⁵¹ *Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer*. 1926, PCIJ Series B, no. 13, at 18.

depois da afirmação da Corte em casos posteriores de que as organizações internacionais teriam funções próprias, que não se confundiriam com as dos Estados-membros.

O reconhecimento de competências amplas, de uma existência ao lado dos Estados e de um papel importante das organizações internacionais na cooperação internacional abriam caminho para a afirmação da personalidade internacional. Contudo, a relutância da Corte em se comprometer com a tomada de posição sobre a natureza da relação da organização internacional com seus Estados-membros continua evidente em todas as decisões referentes à competência da OIT. Isso é ainda mais bem explicitado no contexto da opinião consultiva no. 13, quando o tribunal afirma que sua função se limita à interpretação e à aplicação de tratados.

So, in the present instance, without regard to the question whether the functions entrusted to the International Labour Organization are or are not in the nature of delegated powers, the province of the Court is to ascertain what it was the Contracting Parties agreed to²⁵².

Os casos das comissões internacionais de navegação

A relevância das comissões internacionais de navegação para o avanço do direito das organizações internacionais é inequívoca, e grande parte das boas relações na Europa Central dependia da Comissão Central para a Navegação do Rio Reno, de 1815, e da Comissão Europeia do Danúbio, de 1856. Esses órgãos contavam com amplas competências normativas, judiciais e executivas²⁵³.

A internacionalização dos grandes cursos navegáveis europeus avançou especialmente nas grandes conferências europeias de paz dos séculos XIX e XX, e, ainda antes do início do século passado, o direito fluvial estabelecido nessas conferências fora considerado uma característica essencial do direito público europeu, com as seguintes características:

²⁵² *Idem*, at 23.

²⁵³ PETERS, Anne; PETER, Simone. International Organizations: Between Technocracy and Democracy. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford/UK: Oxford University Press: 2014, p. 173.

On many political or diplomatic occasions, States have expressly considered the articles of the Final Act of the Congress of Vienna as forming part nowadays of European Public Law. The idea lying behind the establishment of a regime of free navigation must be found in the community of interests of the riparian States. (...)

In consideration of the fact that the principle of free navigation, in times of peace and, in so far as is reasonably possible, in times of war, has been construed to facilitate the transport of goods on international rivers and therefore to serve the commercial goals of the riparian States, under international case law free navigation therefore does not only include the freedom of movement on the entire navigable course of the river, but also the freedom to enter ports and to make use of plants and docks, and the freedom to transport and to load and unload goods, all this on the basis of a perfect equality between the beneficiaries and with the prohibition of the collection of dues based solely on the fact of navigation²⁵⁴.

A Corte Permanente de Justiça Internacional teve a oportunidade de julgar dois casos referentes a comissões internacionais de navegação²⁵⁵, que foram criadas como guardiãs desse direito público europeu: o caso da Jurisdição da Comissão Europeia do Danúbio²⁵⁶ e o caso da Jurisdição Territorial da Comissão Internacional do Rio Oder²⁵⁷.

No primeiro desses casos, a Corte foi posta diante de um problema de interpretação do tratado constitutivo, que gerava uma controvérsia que se perpetuava entre, de um lado, a Romênia e, de outro lado, a Comissão Europeia do Danúbio e os demais signatários da Convenção estabelecendo o Estatuto Definitivo do Danúbio.

A Comissão Europeia do Danúbio fora criada pelo Tratado de Paris de 1856, o qual tinha posto fim ao conflito na Crimeia e que, entre suas previsões, tinha determinado a internacionalização do trecho marítimo do rio Danúbio, que seria posto sob administração da Comissão. Ao longo do tempo, vários tratados e protocolos alteraram o entendimento sobre os limites da área navegável do Danúbio considerada de influência marítima, ora mais distante, ora mais próxima da foz.

²⁵⁴ Strategies to Promote Inland Navigation Thematic Network (SPIN-TN). *The Integration of European Waterways*. Working Paper (Competitive and Sustainable Growth Programme) - Directorate General on Energy and Transport of the European Commission, 10 de setembro de 2004, pp. 7-10. Disponível em: http://www.ccr-zkr.org/files/histoireCCNR/17_the-integration-of-european-waterways.pdf Último acesso em: 03.01.2015.

²⁵⁵ Esses foram os únicos casos, além da hécade de casos da OIT, em que a Corte teve a oportunidade de avaliar questões referentes a organizações internacionais.

²⁵⁶ *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*. 1927, PCIJ Series B, no. 14.

²⁵⁷ *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*. 1929, PCIJ Series A, no. 23.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes estendeu o princípio da livre navegação a vários cursos d'água que passavam por territórios ocupados pelos alemães na Europa Central. O rio Oder, o rio Elba, o rio Neman e o rio Danúbio contariam com novos mecanismos de gestão, a serem definidos em negociações posteriores, e a Comissão Central para a Navegação do Rio Reno estenderia suas competências a novos trechos dos rios Reno e Mosela.

O Estatuto Definitivo do Danúbio, ratificado em 1921, previu a extensão do princípio de livre navegação também à porção a montante do Rio Danúbio. Enquanto a porção marítima continuaria a ser administrada pela Comissão Europeia do Danúbio, um novo organismo internacional administraria a nova área: a Comissão Internacional do Danúbio, cujas atribuições se estenderiam à parte do Danúbio entre Ulm e Brăila (artigo 9).

As divergências que foram trazidas ao conhecimento da Corte somente diziam respeito à extensão dos poderes da Comissão Europeia do Danúbio, em razão de cláusulas contidas nos artigos 5º e 6º do Estatuto, as quais remetiam os limites da competência desse organismo à situação antes da guerra, sem acréscimos²⁵⁸. Segundo a argumentação romena, o *status quo ante bellum* seria tal que o organismo somente poderia tomar medidas relativas à manutenção da navegabilidade do rio no trecho entre Galați e Brăila, sem disciplinar os limites de atuação do Estado quanto a outras questões, por não ter título jurídico para tanto. Qualquer extensão da competência da Comissão Europeia do Danúbio sobre esse trecho violaria a soberania do país.

A extensa fundamentação da Corte, a qual desmentiu a posição romena, baseou-se em dois fundamentos: (i) o desmonte da ausência de título jurídico²⁵⁹ e (ii) a afirmação de uma prática anterior à guerra na qual se reconhecia a competência da Comissão Europeia do Danúbio no trecho litigioso²⁶⁰. Quanto ao último ponto, segundo o tribunal, a aceitação do tratado por parte dos signatários, ao ratificarem o Estatuto, seria suficiente para converter uma situação de fato em uma situação de direito, ainda que suas características não fossem

²⁵⁸ Article 5. «La Commission européenne exerce les pouvoirs qu'elle avait avant la guerre.» (...) Article 6. «La compétence de la Commission européenne s'étend, dans les mêmes conditions que par le passé et sans aucune modification à ses limites actuelles, sur le Danube maritime, c'est-à-dire depuis les embouchures du fleuve jusqu'au point où commence la compétence de la Commission internationale.» (*Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*. 1927, PCIJ Series B, no. 14, at 24).

²⁵⁹ Nesse contexto, o tribunal afirmou que as competências jurídicas e técnicas para a administração do trecho do rio entre Galați e Brăila teriam sido estendidas à Comissão Europeia do Danúbio por um Protocolo de 1866, em substituição a um outro órgão previsto no Tratado de Paris, mas que nunca viria a ser criado. (*Idem*, at. 41-43).

²⁶⁰ *Idem*, at 46-54.

suficientes para constituir um costume internacional: “even if, before the war, an actual exercise of certain powers by the Commission above Galatz was based on mere toleration, this practice has now been converted into a legal right by Article 6 of the Definitive Statute.”²⁶¹. De mais a mais, a Corte dá a entender que a existência de um regime único seria a forma mais adequada de se garantirem os objetivos de todo o sistema de atos aplicáveis à navegação do rio Danúbio²⁶².

A Corte considerou que, para além do fato de a competência da Comissão Europeia do Danúbio se estender sobre o trecho em questão, não haveria violação da soberania romena. O Estado, ao ratificar o Estatuto, teria acordado com a consolidação jurídica de uma situação pretérita de fato. Nesse contexto, a Corte retoma a solução do “paradoxo da soberania” afirmada no caso Wimbledon – ao manifestar sua vontade, o Estado não viola sua própria soberania, mas a exercita:

(...) seeing that Roumania has signed and ratified the Statute, (...) [it] must be considered as having accepted the exercise of these powers in the contested sector. (...) as the Court has had occasion to state in previous judgments and opinions, restrictions on the exercise of sovereign rights accepted by treaty by the State concerned cannot be considered as an infringement of sovereignty.

Também são interessantes as razões dadas pela Corte para rejeitar o argumento romeno de que o protocolo interpretativo formulado pela própria Comissão Europeia seria um documento a demonstrar a interpretação original do significado do artigo 6º do Estatuto, em favor de seu pleito. Segundo o tribunal, o documento não teria caráter vinculante não somente por não expressar a vontade dos signatários, como também por não ser da competência do próprio órgão criado pelo tratado a decisão de posteriormente modificar suas funções, seja para expandi-las ou para reduzi-las. Estas seriam derivadas diretamente do instrumento constitutivo, e, dessa forma, só poderiam ser alteradas pela vontade das partes²⁶³.

²⁶¹ *Idem*, at 36-37.

²⁶² *Idem*, at 55. As observações em separado do Juiz John Bassett Moore consideram que esse último e singelo ponto é suficiente para se chegar à mesma decisão – a ideia de que haveria uma limitação das funções nesse trecho ou ao redor dos portos, prejudicando o controle internacional, é inconsistente com a interpretação sistemática do tratado, e demandaria ressalva expressa, que não seria feita pelos artigos 5º ou 6º. (*Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila* – Observations by Mr. Moore. 1927, PCIJ Series B, no. 14, at 80-83).

²⁶³ *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*. 1927, PCIJ Series B, no. 14, at 34.

Conclui-se dessa afirmação que os limites de competências das organizações internacionais somente poderiam ser alterados sempre e quando a vontade das partes conviesse para tanto, e não pela atuação unilateral dos órgãos do organismo internacional, independentemente da forma eleita por eles para tanto. Contudo, apesar de ancorar a extensão das competências na vontade específica dos signatários, o tribunal admitiu uma exceção que flexibilizava essa afirmação: os próprios Estados poderiam conceder poderes ao órgão para delimitar sua própria competência, o que, segundo a Corte, não se dava no caso específico²⁶⁴.

Com a extensão das competências plenas da Comissão Europeia sobre o trecho entre Galați e Brăila, exatamente justapostas àquela da Comissão Internacional, que se estendiam de Ulm a Brăila, a Corte não gastou muitas palavras ao resolver a delimitação de competências territoriais entre as organizações. A repartição se daria por uma linha que passaria por cima do porto de Brăila, o qual ficaria sob jurisdição da Comissão Europeia para o Danúbio. Isso era justificado pelo fato de o porto de Brăila estar historicamente conectado com a porção marítima do Danúbio, sendo ponto de partida de vários navios que se direcionavam ao Mar Negro. Além disso, não convinha alterar situação já consolidada, já que a organização mais antiga já atuava no porto ainda antes da criação da nova organização²⁶⁵.

Solucionadas as questões referentes à competência da Comissão Europeia do Danúbio no trecho entre Galați e Brăila e definida sua jurisdição em relação àquela da Comissão Internacional do Danúbio, uma última questão que havia sido suscitada pelo governo romeno viria a ser efetivamente examinada pela Corte:

(...) according to what criteria shall the line of demarcation be fixed as between territorial zones placed under the competence of the European Commission and zones placed under the competence of the Roumanian authorities? If the contrary is the case, on what non-territorial basis is the exact dividing line between the respective competence of the European Commission of the Danube and of the Roumanian authorities to be fixed?²⁶⁶

É ao enfrentar a questão da repartição de competências entre a Romênia e a Comissão Europeia do Danúbio que a Corte dá suas maiores contribuições à compreensão da extensão das competências das organizações internacionais.

²⁶⁴ "or if the European Commission as such were authorized to determine, by its own decision, the limits of its jurisdiction." *Idem*, at 34.

²⁶⁵ *Idem*, at 57.

²⁶⁶ *Idem*, at 59.

O interesse do Estado romeno, desde as discussões que levaram à celebração do Estatuto²⁶⁷, era de manter competência exclusiva sobre os setores que incluíam seus portos, os quais, segundo sua defesa, mereciam esse tratamento por se distinguirem das áreas definidas para a jurisdição territorial da Comissão Europeia do Danúbio pelo tratado, quais fossem, o curso d'água e, exclusivamente, o porto marítimo de Sulina.

Segundo a Corte, a proposta romena de desmembrar o rio em faixas nas quais a Comissão Europeia não teria jurisdição territorial não estaria de acordo com os objetivos do tratado, prejudicando a livre navegação, cuja garantia é incumbida à organização internacional. Apesar do silêncio quanto aos demais portos, isso não deveria ser interpretado de modo a excluí-los da supervisão internacional. A presunção se daria em sentido contrário – o desmembramento do rio, prejudicial aos objetivos do tratado, teria de ser autorizado por disposição expressa²⁶⁸.

O critério de delimitação de competência não seria territorial, mas funcional. A Romênia exerce seu poder sobre o Danúbio enquanto soberano territorial, até o limite em que esse exercício não é incompatível com os poderes concedidos à organização internacional pelo estatuto. Essa, aliás, seria a forma normal em que as competências de uma organização internacional se relacionariam com as competências de um Estado ou de outra organização internacional²⁶⁹.

O critério de repartição de competências adotado pela Corte, de base funcional, é tal que os poderes da organização internacional nunca possam ser prejudicados. Assim, embora a organização internacional nasça com objetivos predeterminados, tem-se que os signatários não podem de nenhuma forma prejudicar seu exercício, pois já convieram com eles. A organização internacional deve contar com todos os meios necessários para exercer suas funções:

As the European Commission is not a State, but an international institution with a special purpose, it only has the functions bestowed upon it by the Definitive Statute with a view to the fulfilment of that purpose, but it has power to exercise

²⁶⁷ *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila (Other Documents)*. PCIJ Series C, no. 13/04, at 1330.

²⁶⁸ *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*. 1927, PCIJ Series B, no. 14, at 62.

²⁶⁹ *Idem*, at 63-64.

these functions to their full extent, in so far as the Statute does not impose restrictions upon it²⁷⁰.

Se a Corte Permanente de Justiça Internacional, nos casos anteriores, já havia reconhecido competências amplíssimas para as organizações internacionais no contexto da realização de seus objetivos, tem-se que no caso da Jurisdição da Comissão Europeia do Danúbio essa afirmação alcança seu ápice, referindo-se também aos poderes da organização, que deveriam ser exercidos em sua plenitude. Dapo Akande, retomando esse excerto, afirma que se trata de exemplo significativo da grande liberalidade com que a Corte (e sua continuadora) viria a tratar os poderes expressos das organizações internacionais²⁷¹.

Por fim, se Robert Ruzé, ao examinar a decisão no caso Lotus, havia afirmado que a Corte deixara implícito seu apoio ao desenvolvimento progressivo do direito internacional da cooperação, com a defesa da necessidade de construção de normas que facilitassem as interações entre os Estados, pode-se também vislumbrar situação semelhante no caso da Jurisdição da Comissão Europeia do Danúbio. Ao retomar a descrição histórica da liberdade de navegação e da administração comum de rios internacionais, a Corte Permanente de Justiça Internacional afirma que isso se deu de acordo com o crescimento das relações internacionais apropriadas para o tempo de paz, por meio do consenso mútuo. Assim, parece que na visão do tribunal o estágio de desenvolvimento das relações internacionais é tal que a crescente cooperação entre os Estados, para além de uma simples coexistência, é desejável. É o trecho em questão:

Prior to 1815, the right to navigate rivers which separated or traversed two or more States was not regulated by any general principle or general act, and formed a subject of constant dispute. For the most part, each State sought to monopolize the navigation of streams flowing through its own territory, and even the right of an upper riparian State to access to the sea was denied. As the existence of such conditions not only hampered the development of commerce but also tended to prevent the growth of international relations appropriate to a state of peace, the Parties to the great international conflict which covered the concluding years of the XVIIIth century and the earlier part of the XIXth, introduced into the arrangements

²⁷⁰ *Idem*, at 64.

²⁷¹ AKANDE, Dapo. The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice. *European Journal of International Law*, Vol. 9, No. 3, 1998, p. 446. Cabe ressaltar que, embora a Corte Permanente de Justiça Internacional não tenha se manifestado em favor da doutrina dos poderes implícitos em nenhuma de suas decisões, pode-se ver a grande ênfase na efetivação dos objetivos do tratado institutivo e na interpretação extensiva dos poderes e das competências das organizações internacionais como antecedentes importantes para isso.

by which this long period of warfare was ended, provisions for the freedom of navigation of international streams.

In conformity with the provisions of the first Peace of Paris of May 30th, 1814, the Final Act of the Congress of Vienna of June 9th, 1815, provided that the Powers whose territories were separated or traversed by the same navigable river should regulate all that regarded its navigation by common consent, and should for this purpose name commissioners who should adopt as the basis of their proceedings certain principles laid down in the Act itself²⁷².

Passando à decisão no caso da Jurisdição Territorial do Rio Oder, submetida à jurisdição contenciosa do tribunal, tem-se uma disputa entre, de um lado, o Reino Unido, a Tchecoslováquia, a Dinamarca, a França, a Alemanha e a Suécia, e, de outro lado, a Polônia, submetida por acordo especial à Corte. A internacionalização do Rio Oder havia sido determinada pelo artigo 341 do Tratado de Versalhes, assim como a criação de uma Comissão Internacional, a qual, nos termos dos artigos 343 e 344, deveria preparar um projeto para a regulação internacional do rio e definir a quais seções do rio e a quais de seus tributários o regime internacionalizado se estenderia.

Nas reuniões da Comissão Internacional do Rio Oder, não houve consenso quanto à extensão territorial a que o regime se aplicaria. Divergências persistiram quanto a dois tributários em território polonês: os rios Warta e Noteć. A posição polonesa, contrária à dos outros seis membros, era de que: (i) diferentemente do que ocorria com as seções alemãs desses tributários²⁷³, a parte polonesa, contrariamente ao artigo 331 do Tratado de Versalhes²⁷⁴, não atendia a outros Estados que não a Polônia, não havendo motivo para a internacionalização; e (ii) a Convenção de Barcelona, a qual estipulava a regra da internacionalização dos tributários em sua integralidade, não poderia ser oposta à Polônia, por

²⁷² *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*. 1927, PCIJ Series B, no. 14, at 38.

²⁷³ A razão geográfica para o argumento polonês era embasada no fato de o Rio Warta e o Rio Noteć nascerem no território polonês, entrando no território alemão e nele fluindo antes de desaguiarem no Rio Oder. Assim, tanto poloneses quanto alemães teriam de passar pelo trecho alemão do Warta ou do Noteć para chegar ao mar, mas somente os poloneses teriam de passar pelo trecho polonês.

²⁷⁴ "Article 331. The following rivers are declared international: the Elbe (Labe) from its confluence with the Vltava (Moldau), and the Vltava (Moldau) from Prague; the Oder (Odra) from its confluence with the Oppa; the Niemen (Russtrom-Memel-Niemen) from Grodno; the Danube from Ulm; and all navigable parts of these river systems which naturally provide more than one State with access to the sea, with or without transshipment from one vessel to another; together with lateral canals and channels constructed either to duplicate or to improve naturally navigable sections of the specified river systems, or to connect two naturally navigable sections of the same river. The same shall apply to the Rhine-Danube navigable waterway, should such a waterway be constructed under the conditions laid down in Article 353." (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder*. 1929, PCIJ Series A, no. 23, at 24)

não ter sido por ela ratificada. Nesse contexto, a disputa foi referida à Corte por acordo especial, definindo-se duas questões para o Tribunal:

(1) Does the jurisdiction of the International Commission of the Oder extend to those portions of the Warthe (Warta) and the Netze (Noteć), tributaries of the Oder, which are situated in Polish territory? (2) If so, what is the law which should govern the determination of the upstream limits of this jurisdiction?²⁷⁵

Ao examinar o argumento polonês referente à Convenção de Barcelona, a Corte considerou que, embora essa Convenção fosse prevista expressamente pelo artigo 338 do Tratado de Paz de Versalhes para determinar regras gerais a serem aplicadas nos regimes de rios internacionalizados, ela não poderia ser aplicada a Estados que não a tivessem ratificado. Essa seria a regra geral do direito internacional, e não haveria motivos para se desviar dela²⁷⁶. Dessa forma, a incidência da Convenção de Barcelona estaria fora de questão para a solução da controvérsia.

Assim, a controvérsia passou a limitar-se à interpretação do artigo 331 do Tratado de Versalhes. O governo polonês defendia que o requisito de “fornecer acesso ao mar a dois ou mais Estados” deveria ser considerado em relação a cada parcela específica do rio ou do tributário, só se internacionalizando os trechos que contemplassem esse requisito. Isso também seria justificável em razão da soberania polonesa, cuja proteção privilegiaria uma interpretação restritiva, em caso de dúvidas quanto à significação. Os outros seis governos consideravam que a previsão deveria ser interpretada de modo a se aplicar a internacionalização integral dos tributários, bastando que somente um trecho do tributário desse acesso a mais de um Estado: “if a tributary or sub-tributary in its naturally navigable course traverses or separates different States, it falls as a whole within the above definition”²⁷⁷. Assim, discutia-se se uma “parte de um sistema fluvial” seria um trecho navegável (como a proposta polonesa) ou uma unidade hidrográfica – um rio, um tributário ou um subtributário (como a proposta multipartite).

Antes de solucionar a disputa hermenêutica, a Corte rechaçou a proposta polonesa de adoção da interpretação restritiva com veemência. A Corte já havia se pronunciado contrariamente a essa técnica hermenêutica em várias outras situações pretéritas, mas nunca com tanta vivacidade. As condições definidas pelo tribunal para sua incidência, a qual

²⁷⁵ *Idem*, at 16.

²⁷⁶ *Idem*, at 20-21.

²⁷⁷ *Idem*, at 25.

somente seria autorizada como *ultima ratio*, basicamente esvaziam de qualquer utilidade esse método interpretativo: seria muito difícil que algum dentre os vários métodos interpretativos não conseguisse prover respostas satisfatórias antes de que se recorresse à interpretação restritiva. O tribunal, em mais uma oportunidade, escancarava sua oposição à perspectiva soberanista:

Nor can the Court, on the other hand, accept the Polish Government's contention that, the text being doubtful, the solution should be adopted which imposes the least restriction on the freedom of States. This argument, though sound in itself, must be employed only with the greatest caution. To rely upon it, it is not sufficient that the purely grammatical analysis of a text should not lead to definite results; there are many other methods of interpretation, in particular, reference is properly had to the principles underlying the matter to which the text refers; it will be only when, in spite of all pertinent considerations, the intention of the Parties still remains doubtful, that that interpretation should be adopted which is most favourable to the freedom of States²⁷⁸.

A argumentação da Corte Permanente de Justiça Internacional para solucionar a divergência interpretativa é extremamente interessante, e aponta, também, para o reconhecimento do crescimento da cooperação internacional. A interpretação proposta pelos seis Estados deveria ser adotada, por satisfazer mais adequadamente o princípio que rege a internacionalização dos rios, segundo o qual

a solution of the problem has been sought not in the idea of a right of passage in favour of upstream States, but in that of a community of interest of riparian States. This community of interest in a navigable river becomes the basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the user of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others²⁷⁹.

Sendo esse processo orientado pelo favorecimento de um “direito comum de navegação”²⁸⁰, e não somente pelo interesse dos Estados mais distantes garantirem sua saída para o mar, tem-se que os limites de internacionalização não deveriam se limitar à última fronteira atravessada pelo curso d’água, mas atingi-lo como um todo, beneficiando a comunidade de Estados ribeirinhos do sistema fluvial como um todo. E não só isso. A Corte

²⁷⁸ *Idem*, at 26.

²⁷⁹ *Idem*, at 27.

²⁸⁰ *Idem*, at 28.

admite que a própria possibilidade de participação de Estados não ribeirinhos prevista no sistema de fiscalização de rios internacionalizados aponta crescentemente para o interesse de todos os Estados na navegação desses rios²⁸¹.

Uma cooperação internacional mais plural e mais complexa

Nos casos examinados pela Corte Permanente de Justiça Internacional referentes a organizações internacionais, esse tribunal não deu um passo além na doutrina para considerar que as organizações internacionais seriam sujeitos de direito internacional; fato esse que foi expressamente afirmado pela Corte Internacional de Justiça logo em sua segunda opinião consultiva²⁸². A Corte Permanente de Justiça Internacional, novamente, parece não querer se comprometer com afirmações que poderiam prejudicar a perspectiva ortodoxa, ao não dar manifestações conclusivas sobre o enquadramento das organizações internacionais no contexto internacional nem sobre a natureza de suas funções. Em suas próprias palavras, o tribunal reiteraria que ele se limitaria a aplicar os tratados constitutivos.

Contudo, nas opiniões consultivas e nos julgamentos referentes à OIT e às comissões internacionais de navegação, há várias afirmações que demonstram um amadurecimento dessa ideia, e, que parecem sugerir um afastamento gradual do *Buchrecht* – embora não cheguem ao ponto de consolidar incongruências teóricas, como nos casos de minorias e de estrangeiros.

Em primeiro lugar, a interpretação que a Corte dá às funções e à existência das organizações internacionais, as quais derivariam do instrumento constitutivo, parece seguir a mesma liberalidade que a Corte dá à interpretação teleológica nos casos referentes à proteção de minorias e de estrangeiros – o empoderamento das organizações internacionais é tamanho que leva ao questionamento da premissa ortodoxa de uma Sociedade Internacional de Estados.

Em todos os casos referentes a organizações internacionais, a Corte faz uma interpretação efetiva dos tratados constitutivos, orientada pelas funções definidas para o órgão internacional. A vontade das partes, manifestada no instrumento, aderiria às

²⁸¹ *Idem*, at 28.

²⁸² *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports, 1949, at 178-179.

competências funcionais das organizações internacionais, em detrimento de presunções em favor da interpretação restritiva – a ideia de retenção de competências exclusivas por parte dos Estados é cabalmente rejeitada. As organizações internacionais possuiriam competências próprias, que se distinguiriam daquelas dos Estados territoriais. E, caso fosse do interesse dos Estados, essas organizações poderiam chegar ao ponto de possuírem poderes de delimitar suas próprias competências.

Com tudo isso em vista, não é de se estranhar a opinião de Hans Aufricht de que o reconhecimento inicial da dimensão de existência das organizações internacionais teria se expandido de tal forma que poderia equivaler, na prática, ao reconhecimento da personalidade internacional das organizações internacionais. Esse autor cita como prova dessa constatação a referência do tribunal, na opinião consultiva sobre a Jurisdição da Comissão Europeia do Danúbio, ao fato de essa instituição formar “uma unidade necessária”²⁸³ – distinta, portanto, de seus membros.

Em segundo lugar, a Corte, especialmente nos casos das comissões internacionais de navegação, avança o direito da cooperação de forma a incluir as organizações internacionais com atuação paralela aos Estados, o que também parece ir de encontro à ideia de uma Sociedade Internacional de Estados.

Nas decisões e opiniões consultivas em que encarou questões referentes às competências das organizações internacionais, a Corte deixou claro que a cooperação internacional poderia ser exercida, para além dos Estados, também por organizações internacionais. Com isso, deu um primeiro passo, ao desvincular o exercício de funções relevantes para a ordem internacional exclusivamente dos Estados – o que não equivalia, repita-se, ao reconhecimento da personalidade internacional das organizações internacionais. Além disso, a Corte, no caso da Jurisdição Territorial do Rio Oder, reconheceu que essa organização internacional representava não só a vontade de um Estado específico, como uma comunidade de interesses, que poderia se estender a todo o globo.

Assim, a nova configuração internacional, encampada em argumentos da Corte, parecia sugerir a não exclusividade da figura estatal – expandindo, portanto, a Sociedade Internacional dos Estados. O reconhecimento das virtudes da institucionalização internacional aumentava as pressões sobre a perspectiva ortodoxa.

²⁸³ AUFRICHT, Hans. *Op. cit.* p. 228.

Tendo em vista o reconhecimento (i) de que as organizações internacionais teriam existência e funções próprias, distintas daquelas dos Estados, e (ii) de que havia interesses coletivos tutelados pelas organizações internacionais que não se confundiam com o interesse de cada Estado-membro é possível verificar que a equação futuramente definida para a personalidade internacional já estava quase completa. Só faltava dar um último passo, o qual nunca seria dado pela relutante Corte Permanente de Justiça Internacional: estender a doutrina organicista às organizações internacionais, considerando que esses interesses seriam próprios da organização, e dando poder criativo a sua vontade. Ao fazê-lo, o tribunal bem sabia que levaria à ruína sua teorização do sistema internacional – afetando sua perspectiva abstrata e exclusivista que caracterizava a Sociedade Internacional dos Estados.

Conclusões – Quem tomou o trono?

Passados os anos do entreguerras, a ruptura com o paradigma ortodoxo foi razoavelmente rápida. René-Jean Dupuy relata que, já em 1948, era difícil de encontrar uma tese nos *Concours d'Agrégation* franceses que não defendesse o monismo com prevalência do direito internacional e que não criticasse o dualismo ortodoxo²⁸⁴.

Georges Scelle acreditava que as mudanças inauguradas no pós-guerra levariam, por fim, ao sucesso da perspectiva sociológica, no que o sistema de proteção de minorias seria um precedente importante²⁸⁵. Além disso, considerava que a opinião consultiva da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso da Jurisdição dos Tribunais de Danzig teria aberto espaço para sua doutrina ao confirmar a personalidade internacional do indivíduo e ao considerá-la “comme dérivant nécessairement de la sociabilité internationale avec, sans, ou contre le prétendu assentiment des États”²⁸⁶.

Esse não foi o caso. Se por um lado, os juristas cujas concepções dialogavam com maior facilidade com a doutrina sociológica e que possuíam assento na Corte Permanente de Justiça Internacional e no Comitê de Juristas, respectivamente, Walther Schücking²⁸⁷ e Albert

²⁸⁴ DUPUY, René-Jean. *Op. cit.*, p. 236.

²⁸⁵ SCELLE, Georges. *Op. cit.*, pp. 519-527.

²⁸⁶ *Idem*, p. 510.

²⁸⁷ “He was a progressive liberal who placed great trust in the civilizing role of international law, and yet, when serving as a World Court judge from 1930 to 1935, seemed to integrate quickly into the Court’s most

de Lapradelle²⁸⁸, não defenderam (ou não tiveram sucesso ao defender) suas posições pessoais com grande vivacidade; por outro lado a própria atuação da Corte Permanente de Justiça Internacional parecia indiciar a substituição da perspectiva ortodoxa por outro paradigma. Até os dias de hoje, desafortunadamente, a perspectiva sociológica não encontrou a grande repercussão que merece.

O abandono da postura ortodoxa não estava nos objetivos da Corte Permanente de Justiça Internacional, cuja atuação, a todo momento, assemelhou-se àquela de um “pioneiro pragmático”, buscando manter a estrutura consensual do direito internacional de modo a não “assustar seus clientes”²⁸⁹ e negando o desempenho de qualquer função criativa. Contudo, embora a Corte tivesse cumprido com louvor a missão de dar efetividade às inovações do pós-guerra e também tivesse conseguido manter a estrutura voluntarista do direito internacional, isso não se deu com a manutenção da sistematicidade da perspectiva ortodoxa, cujas incongruências com o contexto internacional foram postas em evidência.

A própria Corte Permanente de Justiça Internacional, ainda que de maneira indesejada, contribuiu para o abandono do paradigma ortodoxo: em primeiro lugar, ao desvincular a autoimposição dos limites impostos pelo dualismo estrito; em segundo lugar, ao abrir espaço para a reformulação da imagem da Sociedade Internacional de Estados sobre a qual a perspectiva ortodoxa repousava.

É no contexto das próprias decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional que o seu adorado *Buchrecht* vai se distanciando da realidade internacional. A Corte tenta reconciliar esses dois elementos com base em duas fórmulas altamente voluntaristas, mas isso só faz reforçar a incongruência básica da doutrina ortodoxa: essa repousa em um pilar voluntarista (a autoimposição) e em um pilar estruturalista (a Sociedade Internacional dos Estados), mas é possível vislumbrar possíveis atritos entre essas bases. Com os argumentos de excepcionalidade, o pilar estruturalista do *Buchrecht* vai se erodindo em detrimento do pilar voluntarista, o que faz com que o dualismo estrito e a subjetividade exclusiva dos Estados sejam gradualmente vistos como fórmulas que poderiam ser afastadas pela vontade dos Estados.

conservative bench.” TAMS, Christian. Re-Introducing Walther Schücking. *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 3, p. 725.

²⁸⁸ “Professor De Lapradelle supported his point of view, however, with much less eagerness than he once did in the framework of the Institute of International Law”. KOROWICZ, Marek. *Op. cit.*, p. 543.

²⁸⁹ TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 6-7.

A Corte Permanente de Justiça Internacional é bem-sucedida em converter o voluntarismo em uma força criadora e inovadora do direito internacional. No entanto, no contexto dessa missão, ela acabou por desvincular a vontade das demais premissas da teoria ortodoxa – e essa mesma expansão da vontade apontaria para a falta de razoabilidade em se imobilizar uma construção específica da comunidade internacional dos Estados.

Além disso, o pilar estruturalista da doutrina ortodoxa é assentado em base fluidas nas decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional. A constante referência da Corte ao estágio de desenvolvimento das relações internacionais, presente tanto no caso *Lotus* quanto no caso dos Decretos de Nacionalidade, aponta para a dependência da estrutura internacional em relação ao concerto das vontades de suas partes. Com o reconhecimento da mutabilidade, desafia-se o postulado estrutural da lógica ortodoxa, que tem a Sociedade Internacional dos Estados como ponto de partida estático.

O reconhecimento de uma complexidade crescente do direito da cooperação, permeado por interesses coletivos e por organizações permanentes com competências e poderes amplos, apontava para a crescente inadequação da Sociedade Internacional de Estados. Além disso, a crescente administração de interesses comuns por parte de organizações internacionais, apesar de ser justificada pela expressa aceitação dos Estados, que cristalizariam sua vontade nos instrumentos constitutivos, parecia cada vez mais destoar do voluntarismo ortodoxo. Em alguns casos o momento de expressão da vontade poderia estar tão distante que, na prática, as funções se tornavam independentes de um aval imediato do soberano territorial, transferindo-se às organizações a função criadora de normas internacionais e as decisões sobre sua própria atuação.

Embora o tribunal não o admitisse (e em um caso tivesse feito questão de manter-se calado), a perspectiva ortodoxa já era insuficiente para dar respostas – e sua própria jurisprudência já o demonstrava. Uma vez desocupado o trono, abria-se a possibilidade de que fosse tomado por suas concorrentes. Pelo menos duas outras vertentes já haviam começado a tomar força desde o entreguerras e se preparavam para disputar a proeminência. Ao lado delas, Anthony Carty relata que também se reforçava à época uma nova força muito

relevante: a valorização de um “practitioner’s approach” em detrimento de uma explicação sistêmica do direito internacional²⁹⁰.

Referências

1) Livros, Artigos e Capítulos de Livro

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio. Manual de Direito Internacional Público. 14^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ACQUAVIVA, Guido. Subjects of International Law: A Power-Based Analysis. Nashville/EUA: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, no. 3, 2005, pp. 345-396.

AKANDE, Dapo. The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice. *European Journal of International Law*, Vol. 9, No. 3, 1998, pp. 437-467.

ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de Droit International. Premier Volume: Introduction – Théories Générales*. Trad. de Gilbert Gidel. Paris/FRA: Recueil Sirey, 1929.

AUFRICHT, Hans. Personality in International Law. *American Political Science Review*, vol. 37, no. 2, 1943, pp. 217-243.

BOBBIO, Norberto; ZOLO, Danilo. Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System: A Talk. *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 2, 1998, pp. 355-367.

BORCHARD, Edwin. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. Nova Iorque/EUA: The Banks Law Publishing Company, 1919.

BRIERLY, James. *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*. Oxford/UK: Clarendon Press, 1963.

BRÖLMANN, Catherine. The PCIJ and international rights of groups and individuals. In: TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 123-143.

²⁹⁰ CARTY, Anthony. Why Theory? The Implications for International Law Teaching. In: British Institute of International and Comparative Law (ed.). *Theory and International Law: An Introduction*. Londres/UK: BIICL, 1991, p. 77.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa/PT: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARTY, Anthony. Why Theory? The Implications for International Law Teaching. In: British Institute of International and Comparative Law (ed.). *Theory and International Law: An Introduction*. Londres/UK: BIICL, 1991, p. 73-104.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª Ed. Oxford/UK: Oxford University Press, 2005.

_____. *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 1998.

CHARNEY, Jonathan. Is International Law threatened by Multiple International Tribunals? In: Academia de Direito Internacional da Haia. *Recueil des Cours*, v. 271, 1998, pp. 101-382.

CLAPHAM, Andrew. The Role of the Individual in International Law. *European Journal of International Law*, vol. 21, n. 1, 2010, pp. 25-30.

COSTA, João Frank da. O fundamento do direito internacional segundo Léon Duguit e Georges Scelle. Rio de Janeiro: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 10, nos. 19/20, 1954, pp. 39-57.

CRAWFORD, James. Public International Law in Twentieth-century England. In: BEATSON, Jack; ZIMMERMAN, Reinhard (eds.). *Jurists Uprooted: German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2007, pp. 681-707.

DAVIES, Norman. *God's Playground – A History of Poland. Volume II: 1795 to the Present*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2005.

DELBRÜCK, Jost. Max Huber's Sociological Approach to International Law Revisited. *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 1, 2007, pp. 97-113.

DÍEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid/ESP: Tecnos, 1997.

DUPUY, René-Jean. Images de Georges Scelle. *European Journal of International Law*, vol. 1, no. 1, 1990, pp. 235-239.

DYZENHAUS, David. Positivism and the Pesky Sovereign. *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 2, 1998, pp. 363-372.

EAGLETON, Clyde. Denial of Justice in International Law. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 22, 1928, pp. 538-559.

ELLIOTT, Charles. The Proposed League of Nations. Minneapolis/EUA: *Minnesota Law Review*, Vol. 3, 1918-1919, pp. 20-36.

FALK, Richard. *Predatory Globalization: A Critique*. Cambridge/UK: Polity, 2007.

FINK, Carole. *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews and International Minority Protection, 1878-1938*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2004.

FITZMAURICE, Gerald. Meaning of the Term “Denial of Justice”. *British Yearbook of International Law*, vol. 13, 1932, pp. 93-114.

FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York/USA: Columbia University press, 1964.

GAJA, Giorgio. Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti. *European Journal of International Law*, vol. 3, no. 1, 1992, pp. 123-138.

GALINDO, George. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMARRA, Yolanda. Rafael Altamira, un historiador del derecho en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1921 – 1939). Sevilla/ESP: *Revista Internacional de Pensamiento Político*, época 1, vol. 6, 2011, pp. 303-326.

GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2008.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera. Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community. In: MULLER, Alexander Samuel; RAIČ, David; THURÁNSZKY, Johanna. *The International Court of Justice: Its Future Role After Fifty Years*. A Haia/HOL: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp. 327-366.

HENDERSON, Conway. *Understanding International Law*. 1a. Ed. New Jersey/USA: Wiley-Blackwell, 2010.

JANIS, Mark. Individuals as Subjects of International Law. Ithaca/EUA: *Cornell International Law Journal*, vol. 17, 1984, pp. 61-78.

JÖNSSON, Christer. Democracy beyond the Nation-State? Transnational Actors and Global Governance. Lund/SWE: *Statsvetenskaplig tidskrift*, vol. 110, no. 1, 2008, pp. 83-97.

JUDT, Tony; SNYDER, Timothy. *Pensando o Século XX*. Trad. de Otacílio Nunes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.

_____. *Postwar: a history of Europe since 1945*. New York/USA: Penguin Books, 2005.

KASIRER, Nicholas. A Reading of Georges Scelle’s “Précis de droit des gens”. Vancouver/CAN: *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 24, 1986, pp. 372-385.

KELSEN, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Trad. de Juan Antonio García Amado. Madri/ESP: Tecnos, 1997.

_____. *Principles of International Law*. Nova Jérsei/USA: The Lawbook Exchange, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KENNEDY, David. *Over Here: The First World War and American Society*. Edição do 25º Aniversário. New York/EUA: Oxford University Press, 2004.

KLABBERS, Jan. Clinching the concept of sovereignty: Wimbledon redux. Viena/AUS: *Austrian Review of International and European Law (ARIEL)*, vol. 3, no. 3, 1998, pp. 345-367.

_____. The Concept of Legal Personality. Em: JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Surrey/UK: Ashgate, 2010, pp. 3-34.

KLEMENČIČ, Matjaž. Migrations in History. In: ISAACS, Katherine. *Immigration and emigration in historical perspective*. Pisa/ITA: Edizioni Plus-Piza University Press, 2007, pp. 27-54.

KOLB, Robert. Politis and Sociological Jurisprudence of Inter-War International Law. *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 1, 2012, pp. 233-241.

KOROWICZ, Marek. The Problem of the International Personality of Individuals. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, pp. 533-562.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2008.

_____. What use for Sovereignty Today? *Asian Journal of international Law*, vol. 1, no. 1, 2011, pp. 61-70.

KWIECIEŃ, Roman. The Permanent Court of International Justice and the Constitutional Dimension of International Law: From Expectations to Reality. In: TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 361-395.

LADAVAC, Nicoletta. Hans Kelsen (1881-1973): Biographical Note and Bibliography. *European Journal of International Law*, vol. 9, no. 2, 1998, pp. 391-400.

LASKI, Harold. *A Grammar of Politics*. Londres/UK: George Allen & Unwin, 1980.

LAUTERPACHT, Hersch. Brierly's Contribution to International Law. *British Yearbook of International Law*, vol. 32, 1955-1956, pp. 1-19.

_____. *International Law and Human Rights*. Londres/UK: Stevens and Sons Limited, 1950.

_____. *The Development of International Law by the International Court*. Cambridge/UK: Cambridge University Press: 2010.

_____. The Subjects of the Law of Nations. Em: JOHNS, Fleur. *International Legal Personality*. Surrey/UK: Ashgate, 2010, pp. 173-195.

LE FUR, Louis. *La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne*. Paris/FRA: Hachette, 1928.

LIMA, Lucas Carlos. Dionisio Anzilotti. In: DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo; LIMA, Lucas (orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 305-340.

LISSITZYN, Oliver. The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 30, 1936, pp. 632-646.

MACMILLAN, Magaret. *Paris 1919: Six months that changed the world*. New York/USA: Random House, 2003.

MALLISSON JR, W. T. The Legal Problems Concerning the Juridical Status and Political Activities of the Zionist Organization/Jewish Agency: a Study in International Law and United States Law. Williamsburg/EUA: *William & Mary Law Review*, vol. 9, no. 3, 1968, pp. 556-629.

MANELA, Erez. *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*. New York/EUA: Oxford University Press, 2009.

MÜHLBERGER, Detlef. *Hitler's Voice. Vol. I: Organisation & Development of the Nazi Party*. Berna/SUI: Peter Lang, 2004.

NEFF, Stephen. *Justice among Nations: a History of International Law*. Cambridge/USA: Harvard University Press, 2014.

NIJMAN, Janne Elisabeth. Minorities and Majorities. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford/UK: Oxford University Press: 2014, pp. 95-119.

_____. *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*. A Haia/HOL: T.M.C. Asser Press, 2004.

PAUWELYN, Joost; ELSIG, Manfred. The Politics of Treaty Interpretation: Variations and Explanations across International Tribunals. In: DUNOFF, Jeffrey; POLLACK, Mark. *Interdisciplinary Perspectives on International Law and International Relations: The State of the Art*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2012, pp. 3-32.

PAZARTZIS, Photini. Judicial Activism and Judicial Self-Restraint. In: TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, pp. 319-335.

PEKESEN, Berna. Expulsion and Emigration of the Muslims from the Balkans. *European History Online (EGO)*, published by the Leibniz Institute of European History (IEG), Mainz/ALE 2012-03-07. Disponível em: <http://www.ieg-ego.eu/pekesenb-2011-en>. Último acesso em 20 de novembro de 2014.

PETERS, Anne; PETER, Simone. International Organizations: Between Technocracy and Democracy. In: FASSBENDER, Bardo; PETERS, Anne. *The Oxford Handbook of the History of International Law*. Oxford/UK: Oxford University Press: 2014.

PINKERTON, Allan. *Strikers, Communists, Tramps and Detectives*. New York/USA: G.W. Carleton, 1878.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTMANN, Roland. *Legal Personality in International Law*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2010.

REDSLOB, Robert. *Traité de Droit des Gens*. Paris/FRA: Sirey, 1950.

REYNOLDS, David. *The Long Shadow: The Legacies of the Great War in the Twentieth Century*. Nova Iorque/EUA: W.W.Norton & Company, 2014.

RIGAUX, François. Hans Kelsen. Trad. de Arno Dal Ri Jr. In: DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo; LIMA, Lucas (orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 431-436.

RODINONE, Troy. *The Great Industrial War: Framing Class Conflict in the Media, 1865-1950*. Newark/USA: Rutgers University Press, 2010.

ROESSING NETO, Ernesto. Georges Scelle. In: DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo; LIMA, Lucas (orgs.). *A Formação da Ciência do Direito Internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 361-386.

ROSENNE, Shabtai. *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007.

ROSS, Alf. *A Textbook of International Law: General Part*. Londres/UK, Nova Iorque/EUA, Toronto/CAN: Longmans, Green and Co., 1947.

RUDA, José María. The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice. *European Journal of International Law*, vol. 3, n. 1, 1992, pp. 100-122.

RUZÉ, Robert. L'Affaire du Lotus. *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Vol. 55, no. 3, 1928, pp. 124-156.

SCELLE, Georges. *Cours de Droit International Public*. Paris/FRA: Editions Domat-Montchrestien, 1948.

SØRENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Tradução da Dotação Carnegie para a Paz Internacional. México D.F./MEX: Fondo de Cultura Económica, 2002.

SPIERMANN, Ole. *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: the Rise of the International Judiciary*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2010.

STARKE, J. G. Monism and Dualism in the Theory of International Law. *British Yearbook of International Law*, Vol. 17, 1936, pp. 66-81.

STEINER, H. Arthur. Fundamental Conceptions of International Law in the Jurisprudence of the Permanent Court of International Justice. Washington/EUA: *American Journal of International Law*, vol. 30, no. 3, 1936, pp. 414-438.

STEINER, Zara. *The Lights that Failed: European International History 1919-1933*. Oxford/UK: Oxford University Press, 2005.

SWEETSER, Arthur. The Framework of Peace. In: DAVIS, Harriet. *Pioneers in World Order: An American Appraisal of the League of Nations*. Freeport/EUA: Books for Libraries Press, 1980, pp. 1-25.

TAMS, Christian; FITZMAURICE, Malgosia. *Legacies of the Permanent Court of International Justice*. Leiden/HOL; Boston/EUA: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

_____. Re-Introducing Walther Schücking. *European Journal of International Law*, vol. 22, no. 3, pp. 725-739.

THIERRY, Hubert. The Thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*, vol. 1, no. 1, 1990, pp. 193-209.

TRIEPEL, Heinrich. Les rapports entre le droit interne et le droit international. In: Academia de Direito Internacional da Haia. *Recueil des Cours*, vol. 1, 1923, pp. 77-121.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI. In: *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 1039-1109.

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *European Journal of International Law*, vol. 18, n. 1, 2007, pp. 37-68.

VON BERNSTORFF, Jochen. Georg Jellinek and the Origins of Liberal Constitutionalism in International Law. Goettingen/ALE: *Goettingen Journal of International Law*, vol. 4, no. 3, pp. 659-675.

WEINBERGER, Sheila. The Wimbledon Paradox and the World Court: Confronting Inevitable Conflicts Between Conventional and Customary International Law. *Atlanta/EUA: Emory International Law Review*, vol. 10, 1996, pp. 397-440.

WEITZ, Eric. From the Vienna to the Paris System: International Politics and the Entangled Histories of Human Rights, Forced Deportations, and Civilizing Missions. *The American Historical Review*, vol. 113, n. 5, 2008, pp. 1313-1343.

2) Decisões e Opiniões Consultivas de Tribunais Internacionais

Access to German Minority Schools in Upper Silesia. 1931, PCIJ Series A/B, no. 40.

Acquisition of Polish Nationality. 1923, PCIJ Series B, no. 7.

Case of the S.S. Wimbledon (Judgment of 28 June 1923 – Question of Intervention by Poland). 1923, PCIJ Series A, no. 1.

Case of the S.S. Wimbledon (Judgment of 17 August 1923). 1923, PCIJ Series A, no. 1.

Case of the S.S. Lotus. 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Certain German Interests in Polish Upper Silesia. 1926, PCIJ Series A, no. 7, at 19.

Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture. 1922, PCIJ Series B, no. 02.

Competence of the ILO to Examine Proposal for the Organization and Development of the Methods of Agricultural Production. 1922, PCIJ Series B, no. 03.

Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer. 1926, PCIJ Series B, no. 13.

Designation of the Workers' Delegate for the Netherlands at the Third Session of the International Labour Conference. 1922, PCIJ Series B, no. 01.

Exchange of Greek and Turkish Populations. 1925, PCIJ Series B, no. 10.

Free City of Danzig and ILO. 1930, PCIJ Series B, no. 18.

Greco-Bulgarian "Communities". 1930, PCIJ Series B, no. 17.

Interpretation of the Convention of 1919 concerning Employment of Women during the Night. 1932, PCIJ Series A/B, no. 50.

Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV). 1928, PCIJ Series B, no. 16.

Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila. 1927, PCIJ Series B, no. 14.

Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary claims of Danzig railway officials who have passed into the polish service, against the polish railways administration). 1928, PCIJ Series B, no. 15.

Legal Status of Eastern Greenland. 1933, PCIJ Series A/B, no. 53.

Mavrommatis Palestine Concessions (Objecções Preliminares). 1924, PCIJ Series A, no. 2.

Minority Schools in Albania. 1935, PCIJ Series A/B, no. 64.

Nationality decrees issued in Tunis and Morocco. 1923, PCIJ Series B, no. 4.

Panevezys-Saldutiskis Railway Case. 1939, PCIJ Series A/B, no. 76, at 15-22

Peter Pázmány University v. the State of Czechoslovakia. 1933, PCIJ Series A/B, no. 61.

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports, 1949.

Serbian and Brazilian Loans Cases. 1929, PCIJ Series A, nos. 20/21.

Status of Eastern Carelia. 1923, PCIJ Series B, no. 5.

Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder. 1929, PCIJ Series A, no. 23.

3) Votos e observações em separado de Juízes da Corte Permanente de Justiça Internacional

Case of the S.S. Lotus (Dissenting Opinion by Lord Finlay), 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Case of the S.S. Lotus (Dissenting Opinion by M. Altamira), 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Case of the S.S. Lotus (Dissenting Opinion by M. Loder), 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Case of the S.S. Lotus (Dissenting Opinion by M. Nyholm), 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Case of the S.S. Lotus (Dissenting Opinion by M. Weiss). 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Case of the S.S. Lotus (Dissenting Opinion by Mr. Moore), 1927, PCIJ Series A, no. 10.

Case of the S.S. Wimbledon (Judgment of 17 August 1923 – Dissenting Opinion by MM. Anzilotti and Huber). 1923, PCIJ Series A, no. 1.

Case of the S.S. Wimbledon (Judgment of 17 August 1923 – Dissenting Opinion by M. Schücking). 1923, PCIJ Series A, no. 1.

Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila (Observations by Mr. Moore). 1927, PCIJ Series B, no. 14.

4) Atos e Documentos Relativos a Decisões e a Opiniões Consultivas da Corte Permanente de Justiça Internacional

Competence of the ILO to Regulate Incidentally the Personal Work of the Employer (Speeches Made and Documents Read in Court). PCIJ Series C, no. 12/04.

Contre-Mémoire, presented by the German Government to the Permanent Court of International Justice in the “Wimbledon” Case. PCIJ Series C, no. 03/4.

Documents relating to Advisory Opinion No. 2, PCIJ Series C, no. 01/06.

Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila (Other Documents). PCIJ Series C, no. 13/04.

Nationality decrees issued in Tunis and Morocco - Case of the British Government, PCIJ Series C, no. 02.

Nationality decrees issued in Tunis and Morocco – Counter-case of the French Government, PCIJ Series C, no. 02.

Nationality decrees issued in Tunis and Morocco – Documents of the Written Proceedings, PCIJ Series C, no. 02.

5) Documentos, Projetos e Relatórios

League of Nations. Memorandum presented by the Legal Section of the Permanent Secretariat of the League of Nations. Em: Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists. *Documents presented to the Committee relating to existing plans for the establishment of a Permanent Court of International Justice*. 1920, PCIJ Series D. Disponível em: www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf Último acesso em: 25.11.2014.

Permanent Court of International Justice. *Documents Concerning the Action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court.*, PCIJ Series D. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf Último acesso em 29.11.2014.

Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists. *Procès-Verbaux of the Proceedings (June 16th-July 24th 1920)*. A Haia/HOL: Van Langenhuysen Brothers: 1920. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_proceedings_of_committee_annexes_16june_24july_1920.pdf Último acesso em 29.11.2014

Senado dos Estados Unidos da América. *Peace Treaties: various treaties and agreements between the Allied and Associated Powers and the Serb-Croat-Slovene State, Roumania, Bulgaria, Hungary and Turkey*. Washington/EUA: Government Printing Office, 1921. Disponível em: <https://archive.org/details/peacetreaties00alli> Último acesso em: 21.11.2014.

Strategies to Promote Inland Navigation Thematic Network (SPIN-TN). *The Integration of European Waterways*. Working Paper (Competitive and Sustainable Growth Programme) - Directorate General on Energy and Transport of the European Commission, 10 de setembro de 2004, pp. 7-10. Disponível em: http://www.ccr-zkr.org/files/histoireCCNR/17_the-integration-of-european-waterways.pdf Último acesso em: 03.01.2015.

6) Notícias

“Finalmente, a Paz”. Rio de Janeiro: *O Paiz*, 12 de janeiro de 1920, ano 36, no. 12.877, p. 1. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/docreader.aspx?bib=178691_05&pasta=ano%20192&pesq= Último acesso em: 02.01.2015.

“League of Nations Born; New World Era is Seen”. Filadélfia/EUA: *Evening Public Ledger*, 16 de janeiro de 1920, vol. 6, no. 106, p. 1. Disponível em: <http://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83045211/1920-01-16/ed-1/seq-1/#words=league+leaguings+nations&date1=01%2F15%2F1920&date2=01%2F17%2F1920&searchType=advanced&sequence=1&proxdistance=5&rows=20&ortext=&proxtext=league+nations&phrasertext=&andtext=&dateFilterType=range&index=3> Último acesso em: 02.01.2015.